STREIK UND STRAFRECHT

Heinrich Kümmel

1979

Dissertations- und Fotodruck ANNELIESE SCHUBERT
Corneliusstraße 21 · 8000 München 5 · Telefon 268177

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547005_0012

S T R E I K U N D S T R A F R E C H T

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

HEINRICH KÜMMEL

1979

Referent: Professor Dr. Kaufmann

Korreferent: Universitätsdozent Dr. von Stebut

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Februar 1979

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

M E I N E N E L T E R N

I N H A L T

1. Kapitel

Streikfreiheit oder Streikrecht ?

1.) Die Rechtslage nach dem Grundgesetz vom 23. Mai 1949 S. 1

2.) Die Rechtslage nach Einführung der "Notstandsverfassung" vom 24.6.1968 S. 6

3.) Einschränkungen des Streikrechts S. 16

a) der "politische Streik" S. 16

b) der Streik im öffentlichen Dienst S. 18

2. Kapitel

Der arbeitsrechtliche Streik als Nötigung oder Erpressung

I. Der Begriff des Streiks S. 23

1.) Der Streik als kollektive Arbeitseinstellung S. 23

2.) Sind die Streikziele Bestandteil der Streikdefinition ? S. 24

3.) Eigene Stellungnahme S. 30

II. Die Tatbestandsmäßigkeit des arbeitsrechtlichen Streiks gem. §§ 240 und 253 StGB S. 32

1.) Die Streikdrohung als "Drohung mit einem empfindlichen Übel" S. 32

a) Die Streikdrohung als Drohung mit einem Unterlassen S. 33

aa) Relevante Drohung nur bei Garantenpflicht des Drohenden ? S. 33

bb) Der Beschluß des BGH GS in BGHSt 2,194 S. 36

cc) Schlußfolgerung S. 37

b) Die Streikdrohung als Drohung mit aktivem Tun S. 38

aa) Die Kriterien der Unterscheidung zwischen Unterlassen und positivem Tun S. 39

bb) Das Wesen der Streikdrohung S. 43

cc) Der Streik ist grundsätzlich Drohung mit aktivem Tun S. 45

c) Ergebnis S. 47

2.) Der Streik als
Gewalt im Sinne der §§ 240, 253 StGB S. 47

a) Der Ausgangspunkt : die
Entscheidung BGHSt 8, 102 S. 47

b) Die Entwicklung des Gewaltbegriffs
in 3 Phasen S. 49

aa) Die 1. Phase S. 50

bb) Die 2. Phase S. 51

cc) Die 3. Phase S. 53

c) Kritik des "weiten Gewaltbegriffes" S. 56

aa) Der von Calliess entwickelte
Gewaltbegriff S. 56

aaa) Sein wesentlicher Inhalt S. 57

bbb) Kritische Würdigung S. 59

bb) Der von Haffke entwickelte
Gewaltbegriff S. 62

aaa) Sein wesentlicher Inhalt S. 62

bbb) Kritische Würdigung S. 63

cc) Eigene Stellungnahme S. 67

aaa) Das Problem der Anwendbarkeit
des § 240 II bei Gewalt S. 67

bbb) Der Satz "nullum crimen sine lege"
fordert das Merkmal des "physisch ver-
mittelten Zwanges" für die Gewalt S. 68

ccc) Führt der "enge Gewaltbegriff" zu
Strafbarkeitslücken ? S. 71

ddd) Der "weite Gewaltbegriff" verwischt
die Grenzen zwischen bloßer Drohung
und vis compulsiva S. 73

eee) Das Merkmal des "physisch vermittel-
ten Zwanges" im einzelnen S. 77

d) Streik = Gewalt ? S. 80

3.) Der "sozialadäquate Streik" S. 87

a) Die Lehre Welzels von der
Sozialadäquanz S. 87

b) Die Stellung der Sozialadäquanz im
Deliktsaufbau S. 89

aa) Nach Welzel S. 89

bb) Unrechtsausschließende Funktion der
Sozialadäquanz (Baumann) ? S. 90

cc) Tatbestandsausschließende Funktion der
Sozialadäquanz (Schönke-Schröder) ? S. 93

dd) Eigene Stellungnahme S. 94

c) Der Streik : eine "sozialadäquate" Erscheinung ? S. 96

III. Die Rechtswidrigkeit des arbeitsrechtlichen Streiks gemäß §§ 240, 253 StGB S. 100

1.) Das verfassungsrechtlich garantierte Streikrecht als Rechtfertigungsgrund ? S. 100

a) Allgemeine Systematik der Schranken der Grundrechte S. 100

aa) Gewährleistungsschranken S. 102

bb) Vorbehaltsschranken S. 103

b) Verfassungsrechtliche Schranken des Streikrechts S. 104

aa) Nur der gewerkschaftlich organisierte, tarifvertragsbezogene Streik ist gewährleistet S. 105

aaa) Nur der gewerkschaftlich organisierte Streik S. 105

bbb) Nur der tarifvertragsbezogene Streik S. 109

bb) Der allgemeine Gemeinschaftsvorbehalt des Art. 2 I GG S. 110

cc) Das Gebot der Verhältnismäßigkeit S. 117

c) Ergebnis S. 118

2.) Die Relationsformel der §§ 240 II, 253 II StGB S. 118

a) Die §§ 240 II und 253 II als Prüfungsmaßstab für die Rechtswidrigkeit S. 119

b) Das Verhältnis der zivil- und arbeitsrechtlichen Rechtswidrigkeit zur strafrechtlichen Rechtswidrigkeit (§§ 240 II und 253 II) S. 121

aa) Die wesentlichen zivil- und arbeitsrechtlichen Rechtswidrigkeitsgründe S. 121

1.) Nur gewerkschaftlich organisierte Streiks sind rechtmäßig S. 121

2.) Nur Streiks um eine gesetzlich zulässige Tarifregelung sind rechtmäßig S. 124

3.) Der verbandswidrige Streik S. 125

4.) Der tarifvertragswidrige Streik S. 127

5.) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz S. 128

6.) Der Grundsatz von Treu und Glauben S. 129

7.) Gemeinschädliche Streiks S. 129

8.) Der amtswidrige Streik S. 131
9.) Der betriebsverfassungswidrige Streik S. 131
10.) Der vertragswidrige Streik S. 131
11.) Der sittenwidrige Streik S. 133

bb) Die grundsätzliche Unabhängigkeit der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit von der zivil- und arbeitsrechtlichen Rechtswidrigkeit S. 135
c) Der Begriff der "Verwerflichkeit" in §§ 240 II und 253 II S. 137
aa) Entstehungsgeschichte des Abs. 2 S. 137
bb) Verwerflichkeit als "gesteigertes sittliches Unwerturteil" S. 138

3.) Die Rechtswidrigkeit des arbeitsrechtlichen Streiks,dargestellt an typischen Einzelfällen S. 142
a) 1. Hauptgruppe : Streiks mit verwerflichem Ziel S. 142
aa) Der Lohnkampf um überhöhte Lohnforderungen S. 142
bb) Der Streik zur Erzwingung arbeitsrechtlicher Einzelmaßnahmen S. 146
aaa) Erzwingung der Entlassung Nicht- oder Andersorganisierter S. 146
bbb) Erzwingung der Entlassung von Streikbrechern S. 153
ccc) Erzwingung der Entlassung von mißliebigen Arbeitnehmern S. 155
ddd) Erzwingung der Wiedereinstellung eines Arbeitnehmers S. 162
eee) Verhinderung der Neueinstellung eines Arbeitnehmers S. 165
b) 2. Hauptgruppe : Streiks als verwerfliches Mittel S. 166
aa) Der amtswidrige Streik S. 166
bb) Der mit unfairer Propaganda betriebene Streik S. 173
cc) Der gewalttätige Streik S. 174
dd) Der ruinöse Streik S. 175
c) 3. Hauptgruppe : Streiks mit verwerflicher Mittel-Zweck-Relation S. 180
aa) Fälle des unerträglichen Mißverhältnisses zwischen Mittel und Zweck S. 180
bb) Gemeinwohlschädigende Streiks S. 182

4.) Ergebnisse S. 186

IV. Probleme der Täterschaft und Schuld S. 189
1.) Die Täter des strafrechtlich relevanten Streiks S. 189
2.) Zur Schuldfrage, insbesondere Irrtumsprobleme S. 191
V. Die Abgrenzung zwischen Nötigung (§ 240) und Erpressung (§ 253) S. 197
1.) Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur S. 198
2.) Eigene Stellungnahme S. 200

3. Kapitel

Atypische Formen des wirtschaftlichen Streiks

I. Einleitung S. 203
II. Die Formen des atypischen wirtschaftlichen Streiks S. 207
1.) Der "Krankmeldestreik" S. 207
2.) Der "Bummelstreik" S. 209
a) Die Abgrenzung zum "Dienst nach Vorschrift" S. 210
b) Die außerstrafrechtliche Beurteilung des "Bummelstreiks" S. 214
aa) Die herrschende Meinung S. 214
bb) Die Auffassung von Zöllner S. 219
cc) Eigene Stellungnahme S. 221
c) Die strafrechtliche Beurteilung des "Bummelstreiks" S. 224
aa) Der "Bummelstreik" als strafbare Nötigung S. 224
bb) Probleme des Tatnachweises S. 227
cc) Die Täter der Nötigung durch "Bummelstreik" S. 231
dd) Nötigung oder Erpressung ? S. 231
ee) Der von Beamten durchgeführte "Bummelstreik" S. 232
3.) Der "Dienst nach Vorschrift" S. 235
a) Die Fälle des "Dienstes nach Vorschrift" S. 236
b) Die außerstrafrechtliche Beurteilung des "Dienstes nach Vorschrift" S. 237
aa) Die Befürworter der Zulässigkeit des "Dienstes nach Vorschrift" S. 238
bb) Die Lehre Isensees vom Effizienzprinzip in der Verwaltung S. 242

cc) Eigene Stellungnahme : die Rechtswidrigkeit des "Dienstes nach Vorschrift" als Problem der Relation zwischen Mittel und Zweck S. 247

c) Die strafrechtliche Beurteilung S. 250

aa) Der "Dienst nach Vorschrift" als rechtswidrige Nötigung S. 250

bb) Wer ist strafrechtlich beim "Dienst nach Vorschrift" zu erfassen ? S. 254

cc) Nötigung oder Erpressung ? S. 256

III. Ergebnisse S. 256

4. Kapitel

Der politische Streik

I. Das Phänomen S. 259

II. Der Begriff des "politischen Streiks" S. 262

1.) Intensität der Wirkung des Streiks als wesentliches Merkmal ? S. 263

2.) Die "Adressatentheorie" S. 263

3.) Kein "politischer Streik", wenn Streit der arbeitsrechtlichen Materie zuzuordnen ist ? S. 265

4.) Adressat des "politischen Streiks" ist der "Träger der Staatsgewalt" S. 267

5.) Gefährdung des Staatswohls als zusätzliches Kriterium des "politischen Streiks" ? S. 268

6.) Das Problem der "Doppeladressierung" S. 270

7.) Kampf- und Demonstrationsstreik S. 270

III. Die verfassungsrechtliche Beurteilung des "politischen Streiks" S. 274

1.) Einleitung S. 274

2.) Die verfassungsrechtliche Untersuchung im einzelnen S. 276

a) Der "politische Streik" gegen die Legislative S. 276

aa) Räumt Art. 21 GG den Gewerkschaften besondere politische Mitwirkungsrechte ein ? S. 276

bb) Der "politische Demonstrationsstreik" S. 280

cc) Der "politische Kampfstreik" als Verstoß gegen

aaa) Art. 20 I 1 GG S. 285

bbb) Art. 20 III und 38 I 2 GG S. 286

ccc) Art. 3 I GG S. 287

dd) Zusammenfassung S. 288

b) Der "politische Streik" gegen die Exekutive S. 289

c) Der "politische Streik" gegen die Judikative S. 290

d) Das Widerstandsrecht gemäß Art. 20 IV GG S. 293

aa) Die Voraussetzungen S. 293

bb) Der "politische Kampfstreik" als Ausübung des Widerstandsrechts S. 296

IV. Die strafrechtliche Beurteilung des "politischen Kampfstreiks" S. 297

1.) Einleitung S. 297

2.) Der Tatbestand des § 88 StGB S. 301

a) Das Verhältnis zwischen § 88 n.F. (§ 90 a.F.) und § 105 n.F. (§ 105 a.F.) S. 302

aa) Die Kontroverse um § 90 a.F. und § 105 a.F. S. 303

bb) Die Auffassung von Sax S. 304

cc) Eigene Stellungnahme S. 305

b) Sind Störhandlungen im Sinne des § 88 auch

aa) arbeitsrechtlich rechtmäßige Streiks S. 309

bb) arbeitsrechtlich unzulässige Streiks mit wirtschaftlichem Ziel S. 311

cc) die Ausübung des Widerstandsrechts gemäß Art. 20 IV GG ? S. 313

c) Zur Kritik Daniels an § 90 a.F. S. 313

aa) Wäre der Lösung des § 88 n.F., nur die Hintermänner zu erfassen, ein umfassendes Streikverbot in den Betrieben des § 88 vorzuziehen ? S. 314

bb) Ist die Enumerierung der Verfassungsgrundsätze des § 92 n.F. (§ 88 a.F.) unpraktikabel ? S. 318

cc) Die Tathandlung des § 88 n.F. gegenüber § 90 a.F. S. 319

d) Zusammenfassung S. 320

3.) Die Nötigung von Verfassungsorganen und deren Mitgliedern, §§ 105, 106 StGB S. 321
a) Einleitung S. 321
b) Die Probleme des § 105 a.F. S. 323
c) Die Regelung der §§ 105, 106 n.F. S. 325
aa) Die Schutzobjekte des § 105 S. 325
aaa) Ist die positive Regelung der Schutzobjekte in § 105 ausreichend ? S. 325
bbb) § 240 als Auffangtatbestand S. 328
bb) Die Schutzobjekte des § 106 S. 332
cc) Die geschützten Handlungen S. 332
dd) Die unterschiedlichen Nötigungsmittel der §§ 105, 106 S. 334
ee) Das Problem des Gewaltbegriffs beim Streik S. 337
ff) Das Problem der Drittbetroffenheit bei Nötigung S. 340
gg) Ist § 240 II auf §§ 105, 106 anwendbar ? S. 342
aaa) Das allgemeine Problem S. 342
bbb) Relevanz beim Beamtenstreik S. 343
hh) Das Streikrecht als Rechtfertigungsgrund? S. 344
ii) §§ 105, 106 als Erfolgsdelikte S. 345
kk) Die Täter der §§ 105, 106 S. 346

4.) Ergebnisse

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

Abendroth / Schnorr von Carolsfeld	Die Berechtigung gewerkschaftlicher Demonstrationen für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Wirtschaft. Zwei Rechtsgutachten, herausgegeben vom Bundesvorstand des DGB, Düsseldorf 1953
Anschütz	Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, unveränderter Nachdruck der 14.Auflage (1933), 1960
Arzt	Strafrecht, Besonderer Teil, LH 1 : Delikte gegen die Person, 1977
Bauer, Fritz	Politischer Streik und Strafrecht, JZ 1953, 649
Baumann	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8.Auflage, 1977
Baur, Ulrich	Der politische Streik unter besonderer Berücksichtigung der sog. Notstandsverfassung von 1968, Dissertation Würzburg, 1969
Blei	Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 17. Auflage, 1977
	Strafrecht II, Besonderer Teil, 11. Auflage, 1978
	Die Auflösung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs, JA 1970, 19, 77, 141
Bockelmann	Strafrecht, Besonderer Teil/1, Vermögensdelikte, 1. Auflage, 1976
	Strafrecht, Besonderer Teil/2, Delikte gegen die Person, 1.Auflage, 1977
Bonner Kommentar	siehe Holtkotten, von Münch
Brox-Rüthers	Arbeitskampfrecht, Ein Handbuch für die Praxis, 1965
Bulla	Soziale Selbstverantwortung der Sozialpartner als Rechtsprinzip, Nipperdey-Festschrift, Band II, 1965, S. 79
Calliess	Der Begriff der Gewalt im Systemzusammenhang der Straftatbestände, 1974
Däubler	Der Streik im öffentlichen Dienst, 2.Auflage, 1971
Daniel	Der politische Streik verfassungsrechtlich und strafrechtlich gesehen, Dissertation Marburg, 1955
Doerk	Der Streik als unerlaubte Handlung im Sinne des § 826 BGB, 1954
Dreher	Das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz, JZ 1953, 421

Dreher-Tröndle	Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, 38.Auflage, 1978
Eilsberger	Die Kölner Straßenbahnblockade - BGH NJW 1969, 1772, JuS 1970, 164
Engisch	Einführung in das juristische Denken, 7.Auflage, 1977
Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 mit Begründung -	Bundesratsvorlage, Drucksache 200/62
Eser	Strafrecht, IV Schwerpunkt Vermögensdelikte, 2.Auflage, 1976
Fechner	Die soziologische Grenze der Grundrechte, 1954
Fitting-Auffarth-Kaiser	Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar, 12.Auflage, 1977
Forsthoff/Hueck	Die politischen Streikaktionen des DGB anläßlich der parlamentarischen Beratung des Betriebsverfassungsgesetzes in ihrer verfassungs- und zivilrechtlichen Bedeutung, Zwei Rechtsgutachten, Schriftenreihe der BDA, Heft 6, Köln 1952
Frey	Strike und Strafrecht, 1906
Geilen	Der Tatbestand der Parlamentsnötigung, 1957
	Neue Entwicklungen beim strafrechtlichen Gewaltbegriff, Festschrift für H.Mayer, 1966, S. 445
	Lebensgefährdende Drohung als Gewalt in § 251 StGB ? JZ 1970, 521
Giese-Schunck	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.Mai 1949, 9.Auflage, 1976 (soweit angegeben auch 7. Auflage, 1965, und 8.Auflage, 1970
Großmann-Schneider	Arbeitsrecht, 4.Auflage, 1976
Grote	Der Streik, Taktik und Strategie, 1952
Haffke	Gewaltbegriff und Verwerflichkeitsklausel, ZStW 84, 37
Hamann-Lenz	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.Mai 1949, 3.Auflage, 1970
Hanau	Kein Streikverbot für Beamte ? JuS 1971, 120
Hanau-Adomeit	Arbeitsrecht, 5.Auflage, 1978
Helfer	Über "Dienst nach Vorschrift" als rechtssoziologisches Problem, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 1965, 98

Herzog	in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz
Hoffmann	Beamtentum und Streik, AöR 91, 141
Holtkotten	in Bonner Kommentar Art. 97, 20. Lieferung, Stand 1968
Hueck	siehe Forsthoff/Hueck
Hueck-Nipperdey	Grundriß des Arbeitsrechts, 5.Auflage, 1970
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts, Zweiter Band, Kollektives Arbeitsrecht Erster Halbband II/1, 7.Auflage, 1967 Zweiter Halbband II/2, 7.Auflage, 1970
Isensee	Dienst nach Vorschrift als vorschriftswidriger Dienst, JZ 1971, 73
Jagusch	LK Band 1, 7.Auflage, 1954 LK Erster Band, 8.Auflage, 1957
Jeschek	Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3.Auflage, 1978
Kaiser	Der politische Streik, 2.Auflage, 1959
Kaskel	Arbeitsrecht, 2.Auflage, 1925
Kaufmann Arthur	Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Eberhard Schmidt-Festschrift, 1971 (Neudruck), S. 200
Kautsky	Der politische Massenstreik, 1914
Knodel	Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, 1962
Konzen	Übernahme und Unterstützung wilder Streiks durch Gewerkschaften, ZfA 1970, 159
Krey	Probleme der Nötigung mit Gewalt - dargelegt am Beispiel des Fluglotsenstreiks, JuS 1974, 418
	Strafrecht, Besonderer Teil, Band 1, Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, 3.Auflage, 1976
	Strafrecht,Besonderer Teil, Band 2, Vermögensdelikte, 3.Auflage,1976
Külp	Streik und Streikdrohung, 1969
Lackner	Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 12.Auflage, 1978
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, 2.Band, Besonderer Teil, 11.Auflage, 1977
Leibholz-Rinck	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 5.Auflage, 1975

Leipziger Kommentar	siehe Jagusch, Schäfer, Schwalm, Willms
Lerche	Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes - Zum hessischen Aussperrungsverbot, Rechtsgutachten, 1968
Loewenstein	Verfassungslehre, 3.Auflage, 1975
Löwer	Zur rechtlichen Problematik des "Dienstes nach Vorschrift", JA 1973, 619
von Mangoldt	Das Bonner Grundgesetz, 1953
von Mangoldt-Klein	Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2.Auflage, 1966
Maunz	Deutsches Staatsrecht, 22.Auflage,1978
Maunz-Dürig-Herzog-Scholz	Grundgesetz, Band I, Lieferungen 1-16
Maurach	Deutsches Strafrecht, Ein Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 4.Auflage, 1971 Besonderer Teil, 5.Auflage, 1969
Maurach-Zipf	Allgemeiner Teil, Teilband 1, 5.Auflage, 1977
Maurach-Gössel-Zipf	Allgemeiner Teil. Teilband 2, 5.Auflage, 1978
Maurach-Schroeder	Besonderer Teil, Teilband 1, 6.Auflage, 1977
Model-Müller	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8.Auflage, 1976
von Münch	Grundgesetz, Kommentar, Band 1, 1974
	in Bonner Kommentar, Art. 9, 16.Lieferung (Stand Juni 1966)
Niese	Streik und Strafrecht, 1954
Nikisch	Arbeitsrecht I. Band, 3.Auflage, 1961 II. Band, 2.Auflage, 1959
	Die privatrechtlichen Wirkungen des sogenannten Streikrechts, Rechtsgutachten Schriftenreihe der BDA, Heft 1, Köln 1951
Nipperdey	Grenzlinien der Erpressung durch Drohung unter besonderer Berücksichtigung der modernen Arbeitskämpfe, unveränderter Nachdruck der Jenaer Dissertation, 1917
	Das Recht des Streiks in Deutschland, SJZ 1949, Sp. 811
	Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante Betriebsverfassungsgesetz geführten Zeitungsstreik vom 27. - 29.5.1952 entstanden sind, Schriftenreihe der BDA, Heft 9, Köln 1953

Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 37.Auflage, 1978
Preisendanz	Strafgesetzbuch, Lehrkommentar, 30.Auflage, 1978
Ramm	Der wilde Streik, AuR 64, 353
	Notstand und Arbeitsrecht, AuR 67, 33
	Das Koalitions- und Streikrecht der Beamten, Ein Rechtsgutachten, 1970
Reuß	Kollektive oder kollektiv-rechtliche Arbeitskampfziele ? AuR 65, 97
	Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, AuR 66, 97
	Arbeitskampf im Bereich der öffentlichen Verwaltung, DVBl 1968, 57
Redeker-von Oertzen	Verwaltungsgerichtsordnung, 6.Auflage, 1978
Roxin	Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, 373
	An der Grenze von Begehung und Unterlassung, Engisch-Festschrift, 1969, S. 380
Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1, Allgemeiner Teil, 2.Auflage, 1977 Band 2,Besonderer Teil (§§ 80 - 358), Stand 4.Lieferung (März 1978)
Säcker	Gewerkschaften und wilder Streik, BB 1971, 962
Sax	Parlamentsnötigung durch Streik, NJW 1953, 857
Schäfer	LK, 9.Auflage, 1974 (Zweiter Band)
Schaffstein	Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72, 369
Schafheutle	Das Strafrechtsänderungsgesetz, JZ 1951, 609
Schick	Der Beamte als Grundrechtsträger, ZBR 1963, 67
Schmid	Zum politischen Streik, Gewerkschaftliche Monatshefte 54, 1
Schmidhäuser	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.Auflage, 1975
Schmidt Eberhard	Soziale Handlungslehre, Engisch-Festschrift, 1969, S. 339
Schmidt-Leichner	Das Strafrechtsänderungsgesetz vom 30. August 1951, NJW 1951, 857

Schmidt-Bleibtreu/Klein	Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4.Auflage, 1977
Schnorr von Carolsfeld	Arbeitsrecht, 2.Aufläge, 1954
	siehe auch Abendroth/Schnorr von Carolsfeld
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, Kommentar, 19.Auflage, 1978
Schröder	Streik und Strafrecht, BB 1953, 1015
Schütz-Ulland	Beamtenrecht des Bundes und der Länder, Ambrosius-Kommentare, Band 16, 4.Auflage
Schwalm	LK, 9.Auflage, 1974 (Zweiter Band)
Seiter	Streikrecht und Aussperrungsrecht; Ein Arbeitskampfrechtssystem auf der Grundlage subjektiv-privater Kampfrechte, Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 39, 1975
Söllner	Arbeitsrecht, 6.Auflage, 1978
Spendel	Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, Eberhard Schmidt-Festschrift,1971 (Neudruck), S. 192
Stein	Die rechtliche Beurteilung von Arbeitskämpfen in lebenswichtigen Betrieben, Dissertation Münster, 1967
Ule,	Beamtenrecht, 1970
Wacke	Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts 1957
Welzel	Das Deutsche Strafrecht, 11.Auflage, 1969 (wo ausdrücklich angegeben, sämtliche Vorauflagen)
	Zum Schadensbegriff bei Erpressung und Betrug, NJW 1953, 652
	Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58, 491
Wessels	Strafrecht Allgemeiner Teil, 8.Auflage, 1978 Besonderer Teil - 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 1976
Willms	LK, 9.Auflage, 1974 (Zweiter Band)
Woesner	Das neue Staatsschutzstrafrecht, NJW 1968, 2129
Wolff	Verwaltungsrecht II, 3.Auflage, 1970
Wolff-Bachof	Verwaltungsrecht II, 4.Auflage, 1976
Zacher	Der Ärztestreik als Rechtsproblem, Zeitschrift für Sozialreform 1966, 129
Zöllner	Arbeitsrecht, 1977
	Die Zulässigkeit neuer Arbeitskampfformen, Eduard Bötticher-Festschrift, 1969, S. 427

VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN

a.a.O.	am angegebenen Ort
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
AT	Allgemeiner Teil
AuR	Arbeit und Recht
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (BGBl I,S. 321)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebsberater
BDA	Bundesvereinigung deutscher Arbeitgeberverbände
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BBG	Bundesbeamtengesetz
BK	Bonner Kommentar
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BT	Besonderer Teil
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVG	Betriebsverfassungsgesetz
DnV	Dienst nach Vorschrift
DBG	Deutsches Beamtengesetz vom 26.1.1937 (RGBl I, S. 39)
DV	Durchführungsvorschrift
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
GeschO BT	Geschäftsordnung des Deutschen Bundestags
GG	Bonner Grundgesetz
GS	Großer Senat

JA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LAG	Landesarbeitsgericht
LK	Leipziger Kommentar
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Rdn.	Randnummer
RdA	Recht der Arbeit
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGBl	Reichsgesetzblatt
StGB	Strafgesetzbuch
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
WV	Weimarer Verfassung
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

1. K A P I T E L

STREIKFREIHEIT ODER STREIKRECHT ?

1.) Die Rechtslage nach dem Grundgesetz vom 23. Mai 1949

"Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig."

So beschrieb Art. 9 III GG a.F. die Koalitionsfreiheit und stellte damit, zusammen mit Art. 12 und 14 GG, einen der wesentlichen verfassungsrechtlichen Pfeiler unserer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung dar. Mit dem Wiedererstarken der demokratischen Ordnung und dem wirtschaftlichen Aufschwung in unserem Lande nach dem 2. Weltkrieg gerade im Zeichen marktwirtschaftlicher, nicht planwirtschaftlicher Leitideen war - nach Jahren der Unterdrückung während der Zeit des "Dritten Reiches" - auch die Kampffreiheit der Sozialpartner wieder zu neuem Leben erwacht. In einer ganzen Reihe von Länderverfassungen wurde zumindest das Streikrecht entweder ganz allgemein "gewährleistet"[1] oder doch zumindestens ein Streikrecht der Gewerkschaften "anerkannt".[2] Das Grundgesetz dagegen schwieg zur Frage der Kampffreiheit der Sozialpartner.

---

1) So Westberlin, Art. 18 III : "Das Streikrecht ist gewährleistet."

2) So Bremen, Art. 51 III : "Das Streikrecht der wirtschaftlichen Vereinigungen wird anerkannt."
Hessen, Art. 29 IV, V : "Das Streikrecht wird anerkannt, wenn die Gewerkschaften den Streik erklären. Die Aussperrung ist rechtswidrig." Auf die Verfassungswidrigkeit dieses Aussperrungsverbotes in der Hessischen Verfassung ist hier nicht näher einzugehen. Siehe hierzu etwa v. Mangoldt - Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Auflage 1966, Anm. VII 3) zu Art. 9.
Württemberg-Baden, Art. 23 III : "Das Streikrecht der Gewerkschaften im Rahmen der Gesetze wird anerkannt. Dieses Recht einschränkende und hemmende Abreden und Maßnahmen sind nichtig."
Baden, Art. 38 II 1, 2 : im Wortlaut übereinstimmend mit Art. 23 III Württ.-Bad. Verfassung.
Württemberg-Hohenzollern, Art. 97 I, II : "Der Staat anerkennt das Streikrecht als Recht der Arbeitnehmer auf gemeinsame, geregelte Einstellung der Arbeit zur Erhaltung ihrer Lebensgrundlage und zur Erreichung günstigerer Arbeits-, insbesondere Lohnverhältnisse. Die Gewerkschaftsleitung entscheidet darüber, ob und in welchem Umfange die Arbeitnehmer in den Streik treten.

Dennoch war man sich allgemein darüber einig, daß die Streikfreiheit nicht nur bestand, soweit sie in einzelnen Verfassungen ausdrücklich geschützt war; vielmehr war die Kampffreiheit beider Sozialpartner nach allgemeiner Ansicht entweder als Ausfluß der allgemeinen natürlichen Handlungsfreiheit (Art. 2 GG) oder als Attribut der Koalitionsfreiheit aufzufassen, unabhängig davon, ob und inwieweit sie vom Verfassungsgesetzgeber mit besonderem Schutz ausgestattet war. Diese Auffassung konnte sich vor allem auf die Entstehungsgeschichte des Art. 9 III GG und seines Vorläufers, des Art. 159 WV, stützen.[3)4)]

Sie ist verpflichtet, die Wirkung eines Streiks auf das Allgemeinwohl zu erwägen und den Streik nur zu beschließen, nachdem Verständigungsversuche gescheitert sind."
Die Verfassung des aus den vorgenannten drei Ländern neugebildeten Landes Baden-Württemberg vom 11.11.1953 bestimmte dann in Art. 2 : "Die im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949 festgelegten Grundrechte und staatsbürgerlichen Rechte sind Bestandteil dieser Verfassung und mittelbar geltendes Recht." Damit war für Baden-Württemberg die Rechtslage des Art. 9 GG maßgeblich.
Rheinland-Pfalz, Art. 66 II : "Das Streikrecht der Gewerkschaften im Rahmen der Gesetze wird anerkannt."
Die übrigen Länder erwähnten das Streikrecht nicht.

3) v. Mangoldt-Klein, Anm. VII zu Art. 9.

4) Auf die rechtsgeschichtlich bedeutsame Vorstufe zu Art. 159 WV, die Rechtslage unter der Gewerbeordnung von 1869, soll im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden. § 152 I der Gewerbeordnung vom 21.6.1869 hob zwar alle Verbote und Strafbestimmungen "wegen Verabredungen und Vereinigungen zum Behufe der Erlangung günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen, insbesondere mittels Einstellung der Arbeit und Entlassung der Arbeiter" auf und brachte damit - wenn auch nur für Gewerbetreibende, gewerbliche Hilfen, Gesellen und Fabrikarbeiter - auf der Ebene des einfachen Gesetzes eine Vereinigungs- und Kampffreiheit; zu den Gründen, weshalb sich aus den §§ 152, 153 der Gewerbeordnung dennoch keine umfassende Arbeitskampffreiheit entwickeln konnte, vgl. die Darstellung bei Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht; Ein Arbeitskampfrechtssystem auf der Grundlage subjektiv-privater Kampfrechte (Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 39), 1975, S. 55 ff.

So hatte man in den Art. 159 WV mit voller Absicht nur die "Vereinigungsfreiheit", das Recht zur "Koalitionsabrede" aufgenommen, nicht die "ganze Koalitionsfreiheit", weil man befürchtete, daß mit diesem Begriff, so wie er geschichtlich gewachsen war, die Streikbefugnis unlösbar verbunden sei: man wollte die "Koalitionsmachtmittel", insbesondere die Streikfreiheit, nicht für jedermann und alle Berufe gewährleisten, "sondern die Frage des Streikrechts nicht entscheiden".[5)6)]

Anders dagegen bei Art. 9 GG : jetzt sollte die Streikfrage nicht mehr offen bleiben, vielmehr sollte ursprünglich ausdrücklich "das Streikrecht im Rahmen der Gesetze anerkannt" und "seine Ausübung durch Gesetz geregelt" werden.

Einigkeit bestand auch darin, daß das Streikrecht "nur zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, nicht auch zu politischen Zwecken"[7)] anzuerkennen sei und daß "den Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst ein Streikrecht nicht zuerkannt werden könne."[7)] Der Grund für die Nichtaufnahme des Streikrechts ins GG lag aber nunmehr bei Art. 9 GG darin, daß man sich nicht dazu entschließen konnte, nur gewerkschaftliche Streiks unter den Schutz der Verfassung zu stellen.

v. Mangoldt-Klein[7)] führen hierzu aus : "Wenn die betreffende Vorschrift gleichwohl schon früh gestrichen wurde, so ist dies allein darauf zurückzuführen, daß die Mehrheit im Parlamentarischen Rat nicht bereit war, dem Wunsche der Gewerkschaften zu entsprechen, das Streikrecht nur für solche Streiks anzuerkennen, die von den Gewerkschaften gestützt würden. Das hätte die Anerkennung einer besonderen Machtstellung der Gewerkschaften und die Zusicherung von Vorrechten an einen bestimmten Berufsverband bedeutet, wozu man sich nicht entschließen konnte."

---

5) Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches (1933), Anm. 5 zu Art. 159.
6) Zur Rechtslage unter der Weimarer Verfassung in einzelnen Seiter, a.a.O., S. 58 ff.
7) v. Mangoldt-Klein, Anm. VII 1) zu Art. 9.

Daneben dürften, worauf Seiter[8] hinweist, ganz allgemeine Schwierigkeiten bestanden haben, ein Streikrecht durch eine kurze Formel verfassungsrechtlich zu verankern, und er führt zu recht aus, daß der Verfassungsgeber zwar bei Begriffen wie Eigentum, Erbrecht, Verein, Gesellschaft, nicht aber beim Streikrecht von einem durch die bestehende einfachgesetzliche Rechtsordnung geprägten Begriffsinhalt ausgehen konnte. "Die Verwendung von inhaltlich nicht geklärten Begriffen erschien den Verfassern des Grundgesetzes aber gerade auf dem Gebiet des Arbeitskampfes als zu gefährlich."[9] So ist schließlich die Aufnahme des Streikrechts ins Grundgesetz nur an den Bedenken gegen die verschiedenen Fassungen gescheitert, ohne daß die Streikfreiheit als solche zweifelhaft gewesen wäre.

Die verfassungsrechtliche Konsequenz daraus war freilich, daß der Streik "durch das GG einerseits nicht verboten, anderseits auch nicht gewährleistet" war; Abs. 3 enthielt "keine Anerkennung eines Grundrechts im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Streik, sondern nur eine der Koalitionsfreiheit immanente Anerkennung der Streikfreiheit der Arbeitnehmer in dem überlieferten Sinne einer 'natürlichen', jedoch hoheitlich oder vertraglich einschränkbaren Handlungsfreiheit."[10] Das wirtschaftliche Kampfmittel des Streiks konnte demgemäß vom Gesetzgeber in Bund und Ländern anerkannt und gewährleistet, andererseits aber auch beliebig eingeschränkt werden, da die Streikfreiheit nicht grundgesetzlich gewährleistet war.[10] Dabei ist zu berücksichtigen, daß gem. Art. 31 GG einfaches Bundesrecht auch Landesverfassungsrecht bricht, so daß auch die vorgenannten Bestimmungen der Länderverfassungen[11], die ein Streikrecht anerkannten, jederzeit durch einfaches Bundesrecht abgeändert werden konnten.

---

8) Seiter, a.a.O., S. 63 f.
9) Seiter, a.a.O., S. 64.
10) v. Mangoldt-Klein, Anm. VII 2) zu Art. 9.
11) Siehe oben Fußnoten 1) und 2).

Freilich darf nicht unerwähnt bleiben, daß es auch damals bereits eine Reihe von Bestimmungen des einfachen positiven Rechts gab, die den Streik als legitimes Mittel im Arbeitskampf anerkannten, so z.B. § 23 KSchG, §§ 63, 94 AVAVG.[12] Trotzdem bleibt verfassungsrechtlich festzuhalten, daß das Grundgesetz in den ersten beiden Jahrzehnten nach seinem Inkrafttreten kein Streikrecht als Grundrecht ausdrücklich gewährleistete; vielmehr ging das Grundgesetz nur stillschweigend davon aus, daß Streikfreiheit bestehe (solange sie nicht durch einfaches Gesetz eingeschränkt wurde).[13]

---

12) § 23 KSchG a.F. (Gesetz vom 10.8.1951,BGBl. I,S. 499) lautete:
"Kündigung in Arbeitskämpfen
Die Vorschriften dieses Gesetzes finden keine Anwendung auf Kündigungen und Entlassungen, die lediglich als Maßnahmen in wirtschaftlichen Kämpfen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern vorgenommen werden."

§ 84 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) vom 16.7.1927, i.d.Fassung des Gesetzes vom 23.12.1956 u.d. Bekanntmachung v. 3.4.1957 (BGBl. I S. 321) lautete:

"1.) Durch die Gewährung von Arbeitslosengeld darf nicht in Arbeitskämpfe eingegriffen werden.
2.) Ist die Arbeitslosigkeit durch einen inländischen Streik oder durch eine inländische Aussperrung verursacht, so ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld während der Dauer des Streiks oder der Aussperrung.
3.) Ist die Arbeitslosigkeit durch einen Arbeitskampf in einem Betriebsteil oder durch Aussperrung oder Streik einer bestimmten Gruppe von Arbeitnehmern des Betriebs oder durch einen Arbeitskampf außerhalb des Betriebs, des Berufskreises oder des Arbeits- oder Wohnortes des Arbeitslosen verursacht, so kann den Arbeitnehmern, die am Arbeitskampf nicht beteiligt sind, bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen zur Vermeidung unbilliger Härten Arbeitslosengeld gewährt werden.
4.) ... "

Das AVAVG ist nunmehr durch das Arbeitsförderungsgesetz (AFG) vom 25.6.1969 abgelöst worden.

13) So die damals h.M.; vgl. Hamann-Lenz, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.Mai 1949, 3. Auflage 1970, Anm. B 8 b)bb) zu Art. 9 m.w.Nachw., ferner Seiter, a.a.O., S.65 ff.
Freilich vertrat bereits damals eine beachtliche Mindermeinung auch die Auffassung, daß Art. 9 III GG die Koalitionsfreiheit und damit auch die Freiheit zur Führung von Streiks gewährleiste, so vor allem Hamann-Lenz, a.a.O. Vgl. dazu im einzelnen die folgenden Ausführungen.

2.) Die Rechtlage nach Einführung der "Notstandsverfassung" vom 24.6.1968

Durch die sog. "Notstandsgesetze" des Jahres 1968[14] wurde nun u.a. auch Art. 9 III GG geändert. Die Frage, die der neu eingefügte Satz 3[15] sofort aufwerfen mußte, ist klar : konnte man aus dieser Formulierung entnehmen, daß die bislang nur stillschweigend anerkannte Streikfreiheit zum ausdrücklich und allgemein gewährleisteten Streikrecht erstarkt war?

v. Mangoldt-Klein, deren ausführliche Darstellung des alten Rechtszustandes vorhin ausschnittweise zitiert wurde, können zur neuen Rechtslage naturgemäß nichts beitragen, da die letzte Auflage aus dem Jahre 1966 stammt.

Leibholz-Rinck, die anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommentieren, schweigen ebenfalls zu dieser Frage.[16]

Model-Müller[17] dagegen meinen : "Die Neufassung begründet keine Garantie von Streik und Aussperrung, verbietet aber bestimmte dagegen gerichtete Maßnahmen im Notstandsfall."

---

14) Siebzehntes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 24.6.1968, BGBl. I S. 709.

15) Der neueingefügte Satz 3 lautet : "Maßnahmen nach den Artikeln 12a, 35 Abs. 2 und 3, Artikel 87a Abs. 4 und Artikel 91 dürfen sich nicht gegen Arbeitskämpfe richten, die zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Vereinigungen im Sinne des Satzes 1 geführt werden."

16) Leibholz-Rinck, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 5. Auflage 1975.
Daraus darf der Schluß gezogen werden, daß das BVerfG zu der Frage noch nicht ausdrücklich Stellung genommen hat.
- BVerfGE 38, 386 läßt das Problem jedenfalls offen : "Es kann unerörtert bleiben, ob die Ergänzung des Art. 9 Abs. 3 GG lediglich deklaratorisch feststellt, was bereits früher galt oder ob es sich um eine konstitutive Verfassungsänderung handelt ..."

17) Model-Müller, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8. Auflage 1976, Anm. 6 zu Art. 9.

Im gleichen Sinne äußern sich Hamann-Lenz[18]: "Dieser Vorschrift (Art. 9 III 3, Anm. d.Verf.) kommt lediglich eine Negativ-(Abwehr-)Funktion im Notstandsfall zu. Ob das Streikrecht als Mittel des Arbeitskampfes verfassungsrechtlich positiv gewährleistet ist, beurteilt sich nach Art. 9 Abs. 3 S. 1,2."

Schließlich sind auch Schmidt-Bleibtreu/Klein[19] der gleichen Ansicht : "Durch diese Vorschrift hat sich an dem bisher geltenden verfassungsrechtlichen Zustand hinsichtlich der Zulässigkeit oder Gewährleistung von Arbeitskämpfen nach Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG nichts geändert."

Um diesen Standpunkt der drei zuletzt genannten Kommentatoren richtig zu würdigen, muß man indessen wissen, daß es sich bei ihnen um Vertreter der vorhin in Fußnote 13) zitierten Mindermeinung handelt, die bereits vor Inkrafttreten der "Notstandsverfassung" die Auffassung vertraten, Art. 9 III GG a.F. garantiere ein Streikrecht als Ausfluß der Koalitionsfreiheit.[20] So führen beispielsweise Schmidt-Bleibtreu/Klein an anderer Stelle[21] aus: "Die Vorschrift (Art. 9 III GG, Anm. d.Verf.) gewährleistet die Koalitionsfreiheit, d.h. den Zusammenschluß der Arbeitnehmer und Arbeitgeber und die Betätigung dieser Verbände, und damit auch die Freiheit zur Führung von Streiks und Aussperrungen ... Die Arbeitskampffreiheit ist auch gegenüber dem Gesetzgeber geschützt. Grenzen der Arbeitskampffreiheit bestehen nur, als überwiegende Interessen der Allgemeinheit (des Gemeinwohls) dies verlangen. Das Arbeitskampfrecht ist selbst im Notstandsfall gewährleistet, sofern die Arbeitskämpfe zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Vereinigungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG geführt werden."

---

18) Hamann-Lenz,Anm. B 12 zu Art. 9.
19) Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Auflage 1977, Anm. 20 zu Art. 9.
20) Hamann-Lenz, Anm. B 8 b)bb) zu Art. 9; Model-Müller, Anm. 4A zu Art. 9. - Zu der Problematik, das Streikrecht aus dem Koalitionsrecht des Art. 9 III 1 GG abzuleiten, siehe Seiter, a.a.O., Seite 83 ff.und unten Seite 14.
21) Anm. 14 zu Art. 9 (Hervorhebung durch den Verfasser).

Zu den Grenzen des nach Ansicht von Schmidt-Bleibtreu/Klein bereits vor der Neufassung des Art. 9 GG gewährleisteten Streikrechts führen sie deutlicher aus[22]: "Art.9 Abs. 3 GG sichert auch das Streikrecht. Streiks als auch Aussperrungen sind im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig (BAG, NJW 71, 1669)[23]... Heute ist aus Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG (Anm. d. Verf.: wohlgemerkt Satz 2, nicht der neueingefügte Satz 3!) der Schutz des Streik- und Aussperrungsrechts außerhalb der Zeiten des Notstandes klar. Das Recht der Koalitionsfreiheit und des Arbeitskampfes wird durch die Grundrechte anderer Rechtsträger begrenzt, z.B. durch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, die Menschenwürde, die negative Koalitionsfreiheit (vgl. BAG, NJW 67, 844)[24]. Eine Abwägung der kollidierenden Rechte ist erforderlich (BVerfGE 28, 295)[25]."

Für die genannten drei Kommentatoren hat die Neufassung somit keine Änderung gebracht. Sie gehen jedoch nunmehr mit den bereits zur alten Fassung des Art. 9 GG vertretenen Argumenten erst recht von einer Garantie des Streikrechts aus.

---

22) Anm. 19 zu Art. 9.

23) Das BAG hat in dieser Entscheidung unter Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung einige Grundsätze für die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen aufgestellt : Arbeitskämpfe müßten stets die "ultima ratio" sein, bezüglich Zeitpunkt, Ziel, Art und Durchführung und Intensität stünden Arbeitskämpfe unter dem "obersten Gebot der Verhältnismäßigkeit"; schließlich sei nach Beendigung des Arbeitskampfes der Arbeitsfriede schnellst- und bestmöglich wiederherzustellen. Im übrigen ging es in der Entscheidung v.a. um die Anerkennung der Aussperrung als Kampfmittel der Arbeitgeber. Zur Frage der Garantie des Streikrechts besagt die Entscheidung nichts.

24) Die Entscheidung spricht aus, daß grundsätzlich auch die Informations- und Werbetätigkeit als Betätigungsform der Koalitionsfreiheit geschützt sei. Keine Stellungnahme auch insoweit zu unserem Problem.

25) Auch diese Entscheidung, die sich mit der Frage befaßt, inwieweit die Mitgliederwerbung Bestandteil der Koalitionsfreiheit ist, besagt zu unserem Problem nichts.

Auch Maunz nimmt in seinem Kommentar[26] eine Gewährleistung der Arbeitskampffreiheit an, ohne sich als wesentliches Argument auf den neuen Satz 3 zu stützen.

Zu dem gleichen Ergebnis kommt inzwischen aber auch die Mehrheit der Vertreter der früher h.M., die aus Art. 9 III GG a.F. keine Garantie des Streikrechts entnehmen wollte. Sie nehmen nunmehr an, daß durch den neueingefügten Satz 3 eine derartige Garantie jedenfalls indirekt ausgesprochen ist. Deutlich ist dieser Wandel z.B. bei Giese-Schunck zu bemerken. Während die 7. Auflage noch ausführt[27]: "Da das Streikrecht grundgesetzlich nicht garantiert ist, kann dieses wirtschaftliche Kampfmittel vom Gesetzgeber in Bund und Ländern untersagt oder eingeschränkt, andererseits aber auch anerkannt und gewährleistet werden.", ist in der 8. Auflage der Wandel bereits vollzogen[28]: "Aus dem angefügten Satz ergibt sich eine Anerkennung des Streikrechts ..."

Im gleichen Sinne äußert sich jetzt auch Maunz in seinem Lehrbuch[29]: "Das Streikrecht als solches ist im GG nicht ausdrücklich erwähnt, aber indirekt dadurch anerkannt, daß sich Maßnahmen aufgrund der Notstandsverfassung nicht gegen Arbeitskämpfe richten dürfen."

---

26) Maunz in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz, Band I Lieferungen 1 bis 16 (die Kommentierung zu Art. 9 ist aber noch auf dem Stand von 1970), Rdn. 112 zu Art. 9 : "Ein wesentlicher Ausschnitt der durch Abs. 3 geschützten Betätigungsfreiheit ist die Arbeitskampffreiheit. Sie ist als unmittelbar durch Abs. 3 gewährleistet anzusehen; ein Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 ist weder erforderlich, noch empfehlenswert. Das folgt nicht erst aus der Anerkennung der Arbeitskampffreiheit durch Abs. 3 Satz 3 ... Die Garantie der Arbeitskampffreiheit ergibt sich bereits aus der Anerkennung eines Bereichs der sozialen Selbstverwaltung. Diese ist allein schon nach ihrer historischen Entwicklung ohne Arbeitskampfmöglichkeit nicht denkbar. Der kollektiven Einigung insbesondere mittels des Tarifvertrages geht deshalb die Gewährleistung gerade der Arbeitskampffreiheit voraus." - So auch Lerche, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, Zum hessischen Aussperrungsverbot, Rechtsgutachten 1968, S. 43 ff.

27) Giese-Schunck, Anm. 9 zu Art. 9.

28) Giese-Schunck, Anm. 10 zu Art. 9; ebenso die 9. Auflage, Anm. 10 zu Art. 9.

29) Maunz, Deutsches Staatsrecht, 22. Auflage 1978, § 20 II 1.

Ähnlich führt v. Münch[30] aus : "Richtigerweise fällt er (der Arbeitskampf, Anm. d. Verf.) - wie jetzt auch durch Art. 9 III S. 3 unterstrichen wird - unter den Schutz des Art. 9 III, da Arbeitskämpfe zwar keine notwendige, aber doch auch eine koalitionsgemäße Betätigung sind."

Zusammenfassend läßt sich also feststellen, daß jedenfalls seit dem Inkrafttreten des neuen Art. 9 III GG durch die sog. Notstandsgesetze die h.M. jetzt dahingeht, aus Art. 9 III GG eine (zumindest indirekte) Anerkennung und Gewährleistung des Streikrechts zu bejahen. Dieser Wandel der h.M. ist, so meine ich, juristisch-argumentativ zwingend, er ist aber auch von der Sache selbst her zu bejahen und zu begrüßen.

Zwar ist richtig, daß Art. 9 III GG nach wie vor nicht ausdrücklich und allgemein ein Streikrecht garantiert, vielmehr auch in der Neufassung lediglich davon die Rede ist, daß gewisse Maßnahmen nach den Artikeln 12a, 35 II, III, 87a IV und 91 sich nicht gegen wirtschaftliche Arbeitskämpfe richten dürfen[31].

Richtig ist ferner, wie Seiter überzeugend darlegt[32], daß im Rahmen der Notstandsgesetzgebung auch gar keine generelle verfassungsrechtliche Absicherung des Arbeitskampfes im Grundgesetz getroffen werden sollte. Der verständliche Grund hierfür war indessen, daß man "die ohnehin schwierigen Notstandsregelungen nicht zusätzlich noch mit einer Grundsatzdebatte zum Arbeitskampfrecht belasten"[33] wollte. Insofern ist Seiter[34] zuzustimmen, daß es verfehlt wäre anzunehmen, der Grundgesetzgeber habe mit Art. 9 III 3 GG schlechthin zum Ausdruck gebracht, "unter welchen Voraussetzungen er Arbeitskämpfe als ein rechtmäßiges Mittel der Interessenverfolgung in unserer Staats- und Wirtschaftsverfassung ansieht."

---

30) v.Münch, Grundgesetz, Band 1,1974, Rdn. 46 zu Art. 9.
31) Seiter, S. 74, weist insofern auch zu Recht darauf hin, daß Art. 9 III 3 GG die näher bezeichneten Arbeitskämpfe nur gegen einzelne Exekutivmaßmahmen im Notstand schütze, nicht jedoch z.B. gegen notstandsgesetzliche Einschränkungen im Wege des Art. 115 e GG.
32) Seiter, S. 71 ff.
33) Seiter, S. 72.
34) Seiter, S. 75.

Nicht ausgeschlossen ist damit jedoch m.E., durch einen "Erst-recht-Schluß" aus der Regelung des Art. 9 III 3 GG jedenfalls für einen begrenzten Bereich des Streiks ein Streikrecht logisch-argumentativ abzuleiten. Mag auch der Grundgesetzgeber aus verständlichen Gründen sich gescheut haben, anläßlich der Notstandsgesetzgebung eine generelle verfassungsrechtliche Regelung des Arbeitskampfrechts im Grundgesetz vorzunehmen, so steht doch nichts im Wege, die nun einmal in Art. 9 III 3 GG getroffene positive Regelung im Wege und im zulässigen Rahmen juristisch-logischer Argumentation auszulegen[35]. Entscheidend ist doch, daß die in Art. 9 III 3 GG genannten Artikel, die sämtlich durch die "Notstandsgesetzgebung" erst eingefügt oder zumindest neugefaßt worden sind, alle von "Grenz- und Notsituationen" für die Existenz des Staates ausgehen. So behandelt Art. 12 a GG die rechtlich zulässigen Wehr- und anderen Dienstverpflichtungen, gerade auch im Verteidigungsfall; in Art. 35 II, III GG geht es um die Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Fällen von besonderer Bedeutung, u.a. bei Naturkatastrophen oder einem besonders schweren Unglücksfall; Art. 87 a IV GG und 91 GG schließlich sprechen von der "Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes". In allen diesen "Notfällen" dürfen die in den genannten Artikeln grundsätzlich zulässigen staatlichen Abwehrmaßnahmen kraft ausdrücklicher Verfassungsbestimmung sich nicht gegen ("wirtschaftliche") Arbeitskämpfe richten, d.h. eine Norm von Verfassungsrang bestimmt, daß die Arbeitskämpfe der Sozialpartner rechtlich höher zu bewerten sind, als die möglichen drohenden Gefahren für den Bestand des Staates.

---

35) Seiter, S. 76, spricht insoweit freilich von "Interpretationskünsten", räumt aber immerhin ein, daß der aus Art. 9 III 3 GG gezogene Erst-recht-Schluß vom Notstandsfall auf den Normalfall "auf den ersten Blick am einleuchtendsten" (S. 74) erscheine.

Sowohl die oben Fußn. 20 zitierten Autoren, als auch Seiter (zu dessen Ansatz näher unten S.14f.), die die Ableitung eines Streikrechts aus Art. 9 III 3 GG ablehnen, nehmen freilich ein verfassungsrechtlich garantieres Streikrecht bereits als Ausfluß aus der Koalitionsfreiheit an, so daß dieser Kontroverse im Endergebnis keine übertriebene Bedeutung beigemessen werden sollte.

Es wäre nun doch wohl schlechterdings unverständlich, wenn dieselbe Verfassung, die selbst "in der Stunde der Not" nicht Eingriffe in die Tarifautonomie der Sozialpartner duldet, es zulassen würde, daß aus weit weniger gewichtigen Gründen (für jeden Staat dürften sein Bestand und seine verfassungsmäßige Grundordnung das Wichtigste sein) in beliebiger Weise und in beliebigem Umfang derartige Eingriffe vorgenommen werden können. Ich meine vielmehr, daß eine "Spezialregelung" wie Art. 9 III 3 GG geradezu logisch voraussetzt, daß das Recht oder Rechtsgut - das ausdrücklich (nur) für den Sonderfall geschützt wird, in dem eigentlich sozusagen keiner mehr erwartet, daß es geschützt wird - auch und gerade für den "Normalfall" geschützt ist. Art. 9 III 3 GG setzt - seinem Sinngehalt nach - einen Satz voraus, der lautet: "Das Recht zum Arbeitskampf ... wird gewährleistet." und Art. 9 III 3 GG selbst will sagen : "Selbst Maßnahmen nach den Artikeln ... dürfen sich nicht gegen Arbeitskämpfe ... richten."

Nun führt Seiter[36] gegen die Ableitung eines Streikrechts aus Art. 9 III 3 GG u.a. ins Felde, daß die Notstandsklausel die näher bezeichneten Arbeitskämpfe ohne Rücksicht darauf schütze, ob sie nach einfachgesetzlicher Wertung rechtmäßig sind oder nicht und er meint[36]: "Niemand wird im Ernst behaupten wollen, daß rechtswidrige Kampfmaßnahmen im Normalfall unter einer verfassungsrechtlichen Garantie stehen. Ein Erst-recht-Schluß würde aber doch wohl zu dieser Folgerung zwingen." Hierzu ist zunächst festzustellen, daß es durchaus nicht selbstverständlich ist anzunehmen, daß auch nach einfachgesetzlicher Wertung rechtswidrige Arbeitskämpfe "notstandsfest" sind, wenn sie nur von Verbänden um arbeitsrechtliche Ziele geführt werden[37]. Selbst wenn man aber mit guten Gründen die Ansicht vertritt, auch rechtswidrige Arbeitskämpfe müßten "notstandsfest" sein, damit nicht über das unsichere Merkmal der Rechtswidrigkeit der verfassungsrechtliche Schutz faktisch unterlaufen werden kann[38], steht doch einer restriktiven Auslegung des Art. 9 III 3 GG im Hinblick auf die Rechtslage im "Normalfall" nichts im Wege, vielmehr gilt das Argument, weshalb auch einfachgesetzlich rechtswidrige Arbeitskämpfe als notstandsfest angesehen werden müssen, eben nur wegen der im Notstand gegebenen besonderen Ausnahmesituation und besagt nichts für die aus Art. 9 III 3 GG für den "Normalfall" abzuleitende Rechtslage.

---

36) Seiter, S. 74.
37) vgl. hierzu Seiter, S. 70, m.w.Nachw. zum Meinungsstand.
38) vgl. Seiter, S. 70 f.

Ich sehe also keinen Grund, weshalb nicht aus Art. 9 III 3 GG ein Streikrecht für den "Normalfall" in dem Umfange abgeleitet werden soll, in dem dies durch eine geboten restriktive, logisch widerspruchsfreie Auslegung möglich ist. Logisch zwingend ist der von Seiter angeführte Schluß[39] aber sicher nicht, vielmehr läßt sich ohne weiteres vertreten, daß für den "Normalfall" - "selbstverständlich" - nicht auch jeder einfachgesetzlich rechtswidrige Arbeitskampf verfassungsrechtlich geschützt ist, mag man dies auch für den Notstandsfall wegen der besonderen Ausnahmesituation annehmen.

Dieses Ergebnis der juristischen Argumentation steht m.E. aber auch in Einklang mit der historischen Entwicklung und den tatsächlichen Erfordernissen.

Ohne hier auf nähere Einzelheiten eingehen zu wollen, kann doch festgehalten werden, daß gerade der Streik, d.h. die gemeinsame solidarische Arbeitsniederlegung, historisch das Kampfmittel, die Waffe schlechthin der Arbeitnehmer war und ist, mit der sie ihre Forderungen nach höheren Löhnen und besseren Arbeitsbedingungen durchgesetzt haben und noch durchsetzen. Ein Streik mag zur Durchsetzung von Forderungen der Arbeitnehmer vielleicht nicht "denk-notwendig" sein, tatsächlich aber war und ist der Streik - das unterliegt wohl keinem Zweifel - immer noch das schärfste Schwert für die Arbeitnehmer und ihre Verbände. "Erst die Sicherung der Streikfreiheit schafft unter den Tarifparteien Kampfparität ("Waffengleichheit") und verhindert ein Diktat der Arbeits- und Lohnbedingungen durch den an der Aufrechterhaltung der bisherigen Arbeitsertragsverteilung interessierten Gegenspieler; sie gewährt den Arbeitnehmerkoalitionen das einzig effektive Mittel, auf eine Änderung der bisherigen Verteilungsverhältnisse hinzuwirken und ihr Mandat zur sozialen Evolution wahrzunehmen."[40]

---

39) vgl. Fußnote 36).
40) Hamann-Lenz, Anm. B 8 b)bb) zu Art. 9.

Bleibt abschließend nur noch die Frage zu erörtern,ob es nicht letztlich doch am einfachsten wäre, eine Gewährleistung des Streikrechts unmittelbar aus der Koalitionsfreiheit des Art. 9 III 1 GG abzuleiten[41]. Bereits oben Seite 3 f. ist ausgeführt worden, daß die Entstehungsgeschichte des Art. 9 III GG a.F. jedenfalls diese Auffassung verbietet.

Hinzu kommt, daß durchaus problematisch ist, wer eigentlich als Träger der in Art. 9 III 1 GG hineininterpretierten Betätigungsrechte, insbesondere also des darin möglicherweise miteingeschlossenen Streikrechts, in Betracht kommt. Nach der h.M. vom "Doppelgrundrecht" sind in Art.9 III GG sowohl Grundrechte des einzelnen (individuelle Koalitionsfreiheit) als auch Grundrechte der Koalition (kollektive Koalitionsfreiheit) enthalten[42]. Seiter[43] hat indessen überzeugend dargelegt, daß einem Grundrecht (Art. 9 III 1 GG), das die Koalitionsbildung- und betätigung schützt, nicht auch eine Rechtsposition der Außenseiter entnommen werden könne; für diese könnte ein Grundrecht auf kampfweise Betätigung nicht auf Art. 9 III 1 GG, sondern lediglich auf das allgemeine Auffanggrundrecht des Art. 2 I GG gestützt werden, das jedoch einem weiten Eingriffsvorbehalt unterliegt[44].

Dieses Ergebnis scheint mir wenig befriedigend zu sein. Ist doch kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb Außenseiter - jedenfalls bei Teilnahme an verbandsgeführten Streiks - nicht den gleichen starken Grundrechtsschutz genießen sollen wie Verbandsmitglieder, zumal die Teilnahme auch von Außenseitern am verbandsgeführten Streik diesen nur unterstützen und fördern kann. Die Ableitung eines Streikrechts aus Art. 9 III 3 GG, wie hier vorgenommen, hat dagegen keine Schwierigkeiten, auch die Außenseiter in diesen Grundrechtsschutz miteinzubeziehen. Zwar nimmt auch Art. 9 III 3 GG nur verbandsgeführte Streiks ("von Vereinigungen im Sinne des Satzes 1 geführt werden") in seinen Schutzbereich auf, er schließt jedoch keineswegs aus, auch den Außenseitern, die einen verbandsgeführten Streik unterstützen, das nämliche Streikrecht zuzuerkennen; denn Art. 9 III 3 GG soll verbandsgeführte Streiks umfassend schützen und da die Teilnahme auch von Außenseitern an derartigen Streiks grundsätzlich, wie eben erwähnt, für den streikenden Verband nur von Vorteil, ja u.U. entscheidend für den Erfolg der Streikaktion insgesamt sein

---

41) vgl. oben S.7 f.
42) vgl. Seiter, S. 87 ff.
43) Seiter, S. 90 ff.
44) vgl. Seiter, S. 92 und 97.

kann, fordert Art. 9 III 3 GG geradezu einen verfassungsrechtlichen Schutz auch der (an einem verbandsgeführten Streik beteiligten) Außenseiter.

Wenig tragfähig scheint mir der von Seiter[45] vorgeschlagene Ausweg, lediglich das Kampfrecht der Verbände aus Art. 9 III GG abzuleiten, während für das Kampfrecht der einzelnen Arbeitnehmer auf das allgemeine Freiheitsrecht des Art. 2 I GG zurückzugreifen sein soll. Den weiten Eingriffsvorbehalt in Art. 2 I GG will Seiter dadurch umgehen, daß "die sich aus Art. 9 III GG ergebenden Absicherungen auch dem individuellen Grundrecht zugute kommen"[45] sollen; Art. 2 I GG könne nämlich insoweit als durch Art. 9 III GG "mitgeprägt"[45] angesehen werden. Diese Begründung, die Seiter verfassungsrechtlich nicht näher erläutert, dürfte aber doch dogmatisch etwas kühn sein.

Damit erweist sich dogmatisch und vom sachlichen Ergebnis her ("Außenseiterproblem") der hier vertretene Lösungsansatz am richtigsten, der die verfassungsrechtliche Garantie des Streikrechts aus dem durch die Notstandsgesetzgebung eingefügten Satz 3 in Art. 9 III GG ableitet.

Von der Sache her unabweisbar, mit Inkrafttreten der sog. "Notstandsverfassung" aber nun auch juristisch zwingend begründbar, kann abschließend festgehalten werden, daß in der Bundesrepublik Deutschland nicht bloß eine faktische Streikfreiheit besteht, sondern daß vielmehr das Streikrecht verfassungsrechtlich garantiert (gewährleistet) ist, und zwar gleichermaßen den Verbänden, wie auch den einzelnen Arbeitnehmern, einschließlich der Außenseiter. Dies gilt jedenfalls für den Streik, der von Verbänden "zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" geführt wird, kurz den verbandsgeführten, "wirtschaftlichen" Streik[46][47].

---

45) Seiter, S. 92.

46) Zu den verfassungsrechtlichen Einschränkungen im einzelnen siehe unten S. 105 ff.

47) Dieses Ergebnis wird auch in der arbeitsrechtlichen Literatur überwiegend vertreten, vgl. Zöllner, Arbeitsrecht 1977, S. 272; Hueck-Nipperdey, II/2, S. 914 ff., die die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Streikrechts "durch den in die Verfassung eingefügten Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG bestätigt" sehen (S. 916).
A.A. auch heute noch Söllner, Arbeitsrecht, 6. Auflage 1978, S.76, der nur Streikfreiheit annimmt, da ein Streikrecht "im Wortlaut klarer zum Ausdruck kommen" müßte.

3. Einschränkungen des Streikrechts

a) Der "politische Streik"

Eine erste Einschränkung ergibt sich für den sog. "politischen Streik". Ohne an dieser Stelle bereits auf das Phänomen und den Begriff des "politischen Streiks" näher eingehen zu können[48], versteht man darunter richtigerweise einen Streik, der sich seiner gewollten und bewußten Zielrichtung nach nicht gegen den sozialen Gegenspieler, die Arbeitgeberseite, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen richtet, sondern gegen staatliche Organe, seien es die Legislativorgane (Parlamente), die Exekutivorgane (Regierung und Verwaltung) oder die Gerichte, um dadurch von diesen staatlichen Organen ein hoheitliches Handeln (Erlaß oder Nichterlaß von Gesetzen, Regierungs-, Verwaltungs- oder Gerichtsentscheidungen) zu erzwingen. Hauptbeispielsfall in der Geschichte der BRD für einen solchen "politischen Streik" ist der sog. "Zeitungsstreik" des Jahres 1952[49], als die Gewerkschaften mit Streikmaßnahmen den Bundestag dazu zwingen wollten, das mißliebige Betriebsverfassungsgesetz nicht zu verabschieden. "Dieser Entwurf darf nicht Gesetz werden!" hieß damals die Parole der Gewerkschaften.

Freilich ist auch bei derartigen "politischen Streiks" die Arbeitgeberseite (bzw. die Allgemeinheit) der zunächst unmittelbar "Betroffene", indessen geht es hier nicht darum, mit den Kampfmaßnahmen den Willen der Arbeitgeber zu beugen; denn diese haben ja gar keinen Einfluß auf die gewünschte hoheitliche ("politische") Entscheidung. Vielmehr dient die Schädigung der Arbeitgeberseite und darüber hinaus auch der Allgemeinheit gerade als Mittel, als "notwendiges Übel", um das eigentliche Ziel, nämlich die Beugung des Willens staatlicher Organe zu erreichen. Kurz ausgedrückt : beim "politischen Streik" ist Betroffener die Arbeitgeberseite (bzw. die Allgemeinheit), Adressat der Maßnahme hingegen ein staatliches Organ. Zur Verdeutlichung die Situation beim "wirtschaftlichen Streik": auch hier trifft das "Übel des Streiks" die Arbeitgeberseite, aber hier ist der soziale Gegenspieler das gewollte und bewußt gewählte Ziel ("Adressat") der Kampfmaßnahme, sein Wille soll hier gebeugt werden; denn nun steht es in dessen Macht, den Forderungen der Streikenden nach wirtschaftlichen Verbesserungen nachzukommen.

---

48) Siehe dazu im einzelnen die Ausführungen im 4. Kapitel.
49) Zum Sachverhalt näher unten S. 259 f.

Für diesen "politischen Streik" ist ein Streikrecht nicht garantiert. Dies ergibt sich allein schon aus dem Wortlaut des Art. 9 III 3 GG und ist wohl allgemeine Meinung.[50] Im Gegenteil : ein "politischer Streik", der auf Beugung des Willens von staatlichen Organen abzielt, ist als höchst bedenklicher Angriff auf die demokratische Staatsform und die insbesondere in den Artikeln 3, 20, 38 und 97 GG niedergelegten Verfassungsgrundsätze anzusehen und somit verfassungswidrig.[51]

Allerdings muß richtigerweise zwischen einem bloßen "politischen Demonstrationsstreik" und dem (eigentlichen) "politischen Kampfstreik" unterschieden werden. Nur letzterer ist in dem eben geschilderten Sinne, weil auf Beugung des Willens staatlicher Organe abzielend, verfassungswidrig; dagegen soll mit einem bloßen "politischen Demonstrationsstreik" dem staatlichen Organ, an dessen Adresse er gerichtet ist, lediglich eindringlich die Meinung der Streikenden zu einer "politischen" Frage kundgetan werden, ohne daß die Beugung des Willens des Adressaten angestrebt wird. Dieser bloße "politische Demonstrationsstreik" ist grundsätzlich verfassungsmäßig.[52] Die Abgrenzung zwischen bloßem "politischen Demonstrationsstreik" und "politischem Kampfstreik" im Einzelfall ist freilich nicht immer einfach zu treffen; dennoch ist die Unterscheidung wegen der unterschiedlichen verfassungs- und auch strafrechtlichen Beurteilung zwingend geboten.

Der "politische Kampfstreik" kann grundsätzlich nur unter dem Gesichtspunkt des "Widerstandsrechts" verfassungsmäßig sein, wenn er als letztes Mittel des Rechtsstaates gerade dazu dienen soll, die bestehende Verfassung gegen offensichtlich grob verfassungswidriges Handeln der Staatsorgane selbst oder einen Umsturzversuch zu verteidigen. So führen etwa Giese-Schunck[53] aus: "Zur Rettung des Staates ist auch ein politischer Streik gerechtfertigt, wie er sich beim Kapp-Putsch bewährt hat."

---

50) Vgl. etwa Daniel, Der politische Streik verfassungsrechtlich und strafrechtlich gesehen, Dissertation Marburg 1955, S. 29, 32 f., 35; Giese-Schunck, Anm. 9 zu Art. 20; Hamann-Lenz, Anm. B 8 b)bb) zu Art. 9; Hueck-Nipperdey, II/2, S. 884 ff. (886); Model-Müller, Anm. 4A zu Art. 9; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Rdn. 20 zu Art. 9; Seiter, S. 118 ff., 121, 498; Söllner, a.a.O., S. 79; Zöllner, a.a.O., S. 273.

51) Näher dazu unten S. 285 ff.

52) Vgl. Daniel, a.a.O., S. 22 ff.; Niese, Streik und Strafrecht, 1954, S. 100. - Im einzelnen siehe unten S. 280 ff.

53) Rdn. 9 zu Art. 20.

Gerade der Hinweis auf den Kapp-Putsch[54] zeigt in der Tat, daß auch und gerade ein "politischer Streik" zur rechten Zeit bei der richtigen Gelegenheit die vielleicht einzige Möglichkeit ist, die demokratische Verfassung zu schützen und zu bewahren.[55] Immerhin gewährleistet nunmehr Art. 20 IV GG[56] ausdrücklich ein Widerstandsrecht "gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen ... wenn andere Abhilfe nicht möglich ist."[57]

b) Der Streik im öffentlichen Dienst

Eine zweite Einschränkung gilt für die Beamten (nicht die Angestellten des öffentlichen Dienstes).[58] Zwar ist allgemein anerkannt, daß das für jedermann und für alle Berufe gewährleistete Grundrecht der Koalitionsfreiheit auch den Beamten zusteht;[59] jedoch können über das sonst zulässige Maß hinausgehende Beschränkungen des Grundrechts durch Art. 33 V GG gerechtfertigt sein. Das BVerfG hat hierzu ausgeführt,[60] daß ein generelles Betätigungsverbot der Beamten für eine Koalition nicht zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums gehört und auch nicht durch Sinn und Zweck des Berufsbeamtenverhältnisses gefordert wird.

---

54) Bekanntlich scheiterte der von politisierten Truppen unter der Führung des Generals W.Frh. von Lüttwitz und von rechtsradikalen Politikern (Nationale Vereinigung) mit W. Kapp an der Spitze geplante Umsturzversuch vom März 1920 nach wenigen Tagen am Generalstreik der Gewerkschaften und an der Ablehnung durch die Beamtenschaft, die Parteien und die Reichswehr (v. Seeckt).

55) Weitere Beispiele : der Demonstrationsstreik vom 24.6.1922 nach der Ermordung Walter Rathenaus; die gewerkschaftlichen Aktionen zur Zeit der französischen Ruhrbesetzung 1923 oder die Proteststreiks gegen die Demontagen nach dem 2. Weltkrieg.

56) Ebenfalls durch die "Notstandsverfassung" ins GG neu eingeführt.

57) Zum Widerstandsrecht im einzelnen unten S. 293 ff.

58) Giese-Schunck, Anm. 5 zu Art. 33; so ausdrücklich auch BVerfGE 3, 162 : "Artikel 33 V GG bezieht sich nicht auf Angestellte des öffentlichen Dienstes." Ebenso nicht auf Berufssoldaten (BVerfG 3, 288), wohl aber auf Richter (BVerfGE 12, 81).

59) Siehe statt vieler Leibholz-Rinck, Rdn. 7 zu Art. 9.

60) BVerfGE 19, 322. Es ging in der Entscheidung darum, inwieweit aus dem Beamtenverhältnis des Beschwerdeführers, eines Betriebsaufsehers der Bundesbahn, Beschränkungen für seine gewerkschaftliche Werbetätigkeit hergeleitet werden können.

Das BVerfG hat jedoch in einer früheren Entscheidung[61] auch festgestellt : "Der einzelne Beamte hat keine eigenen rechtlichen Möglichkeiten, auf die nähere Ausgestaltung seines Rechtsverhältnisses, insbesondere auf die Höhe seines Gehalts, einzuwirken; ebensowenig ist er nach hergebrachten Grundsätzen befugt, zur Förderung gemeinsamer Berufsinteressen kollektive wirtschaftliche Kampfmaßnahmen zu ergreifen. Er ist auf die Regelung angewiesen, die sein Dienstherr als Gesetzgeber getroffen hat..."

Diese Auffassung begründet die h.M.[62] damit, daß ein Streik unvereinbar sei mit dem Treueverhältnis, in dem der Beamte zum Staat steht. Er dürfe nicht den Staat, dessen mit Privilegien ausgestattetes Organ er ist, durch Dienstverweigerung in seiner Handlungsfreiheit behindern; dies sei ein unabdingbarer hergebrachter Grundsatz des Berufsamtentums.[63] Hiergegen wenden sich z.B. Hamann-Lenz[64] und Hoffmann[65].

Nun mögen Hamann-Lenz durchaus recht haben, wenn sie sagen, daß das Grundgesetz die "Treuepflicht" des Beamten nicht mit ihrem hergebrachten irrationalen Inhalt inkorporiert habe und daher nicht bedeute, daß dem Beamten eine besondere, seine gesamte Persönlichkeit total ergreifende Standes- und Statusloyalität unterlegt sei, vielmehr sein Treueverhältnis auf nichts anderes bezogen sei als auf das Normensystem der demokratischen Verfassung, in deren Gefüge der Beamte nach dem rationalen Zweck des öffentlichen Dienstes verpflichtet sei, Gesetz und Recht zu verwirklichen sowie die Entscheidungen des konkreten Parlaments in der Verwaltung zu vollziehen. Nur vermag ich daraus nicht zu entnehmen, wie aus derartigen, an sich durchaus richtigen Überlegungen konkrete Maßstäbe zu finden sein sollen, in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen ein Streikrecht auch für Beamte gewährleistet sein sollte. Denn daß ein Streikrecht für Beamte im rein "hoheitlichen Bereich" - denken wir nur an die Strafverfolgungs- und Strafvollzugsbehörden oder den Polizeidienst - bei allem Verständnis für einen gewandelten Beamtenbegriff nicht selbstverständlich sein kann, dürfte auf der Hand liegen. Auf der anderen Seite ist zuzugeben, daß es

---

61) BVerfGE 8,1(17). Die Entscheidung erging zu einer versorgungsrechtlichen Frage bei einem ehemaligen Berufsoffizier. Die zitierte Äußerung des BVerfG erfolgte also anläßlich einer anderen rechtlichen Hauptfrage.

62) Vgl. statt vieler Hueck-Nipperdey ,II/2,S. 979 ff. m.w.Nachw. Daß dies h.M. ist, wird auch von Gegnern dieser h.M. zugegeben, z.B. Hoffmann in AöR 91, 145: "Diese Ablehnung des Beamtenstreiks ist heute in der Rechtswissenschaft wie in der öffentlichen Diskussion unumstritten."

63) Siehe statt vieler Giese-Schunck, Anm. 5 zu Art. 33.

64) Anm. B 7 b)bb) zu Art. 33. 65) "Beamtentum und Streik", AöR 91, 141.

durchaus weite Bereiche z.B. der Vorsorgeverwaltung gibt, in denen auch von der Tätigkeit her die Grenzen zwischen einem Beamten (ohne Streikrecht) und einem Angestellten des öffentlichen Dienstes (für den Art. 33 V GG nicht gilt) sich stark verwischen, so daß es in der Tat auf eine bloße Begriffsargumentation hinausliefe, auch hier kategorisch für alle Zeiten ein Streikrecht für Beamte abzulehnen. Nach allem, was an Gegenargumenten gegen die h.M. vorgebracht wird, läßt sich jedoch m.E. zur Zeit noch kein genügend fester Beurteilungs- und Abgrenzungsmaßstab für die Zulässigkeit des Beamtenstreiks gewinnen. Auch Hoffmann, der in seinem oben zitierten Aufsatz sehr sorgfältig die historische Entwicklung des Beamtenbegriffs - auch mit einem Blick in andere westliche Rechtsordnungen - darstellt und mit einem gewissen Recht der h.M. vorwirft, sie verharre in überkommenen, im heutigen demokratischen Staat aber überlebten Vorstellungen vom Verhältnis des Beamten ("Staatsdiener") zu seinem Dienstherrn, auch Hoffmann erliegt letzten Endes einer zwar feinsinnigen, aber praktisch zu wenig griffigen Argumentation, wenn er etwa feststellt : "Nach dem Grundgesetz gibt es keine 'Untertanen', sondern alle Bürger zusammen bilden die 'Obrigkeit' und heben sie dadurch auf."[66] und an anderer Stelle ausführt[67]:"Der anstaltliche Staat, den die einzelnen als Zweckverband auf der Grundlage formaler Rechtsgleichheit begründen, schließt eine persönliche Treuebeziehung der Staatsdiener zum 'Staat' aus. Während diese ursprünglich das persönliche Treueband der Beamten zum Monarchen, von dem persönlich sie abhängig waren, ausdrückte, stehen die Beamten heute im Dienst einer juristischen Person, einer nicht unmittelbar erlebbaren Gedankenkonstruktion."

Mir scheint, daß die Gegenstimmen gegen die h.M. insgesamt zu wenig berücksichtigen, daß auch im modernen demokratischen Staat, in dem "das Volk" sein eigener Souverän ist, staatliche Macht ausgeübt wird und ausgeübt werden muß, und die Frage nach dem Streikrecht für Beamte auch und vor allem die Frage klären muß, ob und in welchem Umfang der Staat - zumindest zeitweise - einen Ausfall der staatlichen Machtausübung in den verschiedenen Bereichen des staatlichen Lebens hinnehmen kann, ohne daß die Staatsgemeinschaft und jeder einzelne Schaden an seinen Rechtsgütern nimmt. Man denke nur etwa an die Auswirkungen eines auch nur auf wenige Tage befri-

---

66) A.a.O., S. 166.
67) A.a.O., S. 177.

steten Polizeistreiks! Hier kann auch der gelegentliche Hinweis[68] "Streikrecht heißt ja nicht Streikmutwille" wenig helfen.

Gerade das Beispiel eines Polizeistreiks beweist m.E., daß es zweifellos im Bereich des Beamtenstreiks Bereiche gibt, wo noch so wohlerwogene und berechtigte Forderungen der Beamten in keinem Fall im Wege des Streiks durchgesetzt werden dürfen; dazu muß man nicht auf ein vielleicht weitenteils antiquiertes "Treueverhältnis" des Beamten zum Staat hinweisen, vielmehr schließen die praktisch unübersehbaren, verheerenden Auswirkungen eines derartigen Streiks ein Streikrecht von vorneherein dauernd aus. Wer etwa Polizeibeamter wird, muß wissen, daß er seine Forderungen nach Verbesserung seiner wirtschaftlichen Situation nicht durch Streik durchsetzen kann : nicht, weil er "dem Staat Treu geschworen hat", sondern, weil seine Funktion im Staatsganzen dies nicht zuläßt.

Eine theoretische Lösung zum Problem des Beamtenstreiks halte ich somit für augenblicklich noch nicht gelungen. Wahrscheinlich ist eine derartige theoretische Lösung zunächst auch gar nicht möglich und auch gar nicht erforderlich. Auszugehen ist von der oben erwähnten Tatsache, daß es sicher Bereiche gibt, in denen ein Beamtenstreik - zumindest wenn er auf kurze Zeit befristet ist - keine unübersehbaren Folgen auslöst. Es ist anzunehmen und in der Tat schon bewiesen, daß gerade in diesen Bereichen das Streikrecht für Beamte zuerst "erprobt" wird.[69] Hier können gewissermaßen "gefahrlos" Erfahrungen mit dem Streik von Beamten gesammelt werden : gefahrlos einmal für die Gemeinschaft und den Staat in den Auswirkungen eines derartigen Streiks, gefahrlos aber auch für den einzelnen Beamten, da er hier nicht so leicht Gefahr läuft, wegen eines Dienstvergehens disziplinarrechtlich verfolgt zu werden.[70] So wünschenswert und durch die

---

68) So auch Hoffmann, a.a.O., S. 188.

69) Siehe hierzu etwa die Ausführungen Hoffmanns, a.a.O., S. 141 ff hinsichtlich der Streikaktionen des Jahres 1962, wo bezeichnenderweise die Deutsche Postgewerkschaft und die Gewerkschaft der Eisenbahner Deutschlands mit der "Aktion Igel" bzw. "Aktion Adler" versuchten, durch ein "Arbeiten nach Vorschrift" für ihre Belange einzutreten.

70) Auch Hoffmann, a.a.O., S. 146, weist darauf hin, daß es "bemerkenswert" sei, daß "nach den Aktionen 'Igel' und 'Adler', die ... doch Arbeitskämpfe waren, keine Disziplinarmaßnahmen ergriffen wurden."

Lage der Dinge unausweichlich diese Entwicklung an sich auch sein mag, ist doch jetzt schon ein Problem abzusehen : wird es in Zukunft zwei "Klassen" von Beamten geben, eine "Klasse" mit und eine "Klasse" ohne Streikrecht, und wie ist langfristig sicherzustellen, daß nicht die eine Klasse die andere - die "zum Wohlverhalten verurteilte" - wirtschaftlich "überholt"?[71)]

Zusammenfassend ist daher mit der h.M. und dem BVerfG im Augenblick jedenfalls nach wie vor davon auszugehen, daß den Beamten in der BRD ein Streikrecht nicht zusteht. Diese Beurteilung schließt indessen nicht aus, daß im Laufe der weiteren gesellschaftlichen und staatlichen Entwicklung bei uns nach und nach, versuchsweise tastend, auch für Beamte - zumindest in Teilbereichen - ein Streikrecht sich entwickelt und eines Tages als Gewohnheitsrecht anzuerkennen sein wird.

---

71) Das Problem soll im Augenblick nicht dramatisiert werden. Immerhin sorgen die für alle Beamten einheitlichen Besoldungsordnungen für eine gewisse Gleichbehandlung. Allerdings sind unterschiedliche besoldungsmäßige Einstufungen bestimmter Beamtentätigkeiten innerhalb der Besoldungsordnungen natürlich durchaus möglich und gerade auch im Hinblick auf die sonstigen Arbeitsbedingungen sind unterschiedliche Entwicklungen nicht eben ausgeschlossen.

2. K A P I T E L

DER ARBEITSRECHTLICHE STREIK ALS NÖTIGUNG ODER ERPRESSUNG

I. Der Begriff des Streiks

"Streik ist die gemeinsam und planmäßig (regelmäßig aufgrund eines Kampfbeschlusses) durchgeführte Arbeitseinstellung einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern innerhalb eines Berufes oder Betriebs mit dem Ziel, dadurch die kollektiv-vertragliche Beilegung einer Gesamtstreitigkeit zu erreichen."[1) 2)]

1.) Relativ problemlos und unstreitig ist beim Begriff des Streiks sein Charakter als kollektive, den Arbeitsfrieden störende Maßnahme [3)]: der Streik erhält sein besonderes Gepräge dadurch, daß er nur von einer Mehrzahl von Arbeitnehmern durchgeführt werden kann. Ein einzelner Arbeitnehmer kann nicht streiken; wie groß andererseits die Zahl der Streikenden sein muß, läßt sich allgemein nicht sagen. Ausreichend aber auch erforderlich ist, daß die Arbeitseinstellung zu einer ernsthaften Störung des Arbeitsprozesses und damit des Arbeitsfriedens führt. Dazu kann u.U. schon eine verhältnismäßig kleine Anzahl von Arbeitnehmern genügen, wenn durch deren Arbeitsniederlegung der geregelte Fortgang der Arbeit im gesamten Betrieb beeinträchtigt wird.

Die Arbeitseinstellung muß weiter auf einen gemeinsam gefaßten Entschluß zurückgehen. Nicht ausreichend ist, daß die "Streikenden" das gleiche Ziel verfolgen, sie müssen es auch gemeinsam verfolgen. Bei von den Gewerkschaften durchgeführten Streiks ist dies ohnehin unproblematisch, da diese von den Mitgliedern in Erfüllung ihrer Mitgliedspflicht, von mitstreikenden

---

1) Hueck-Nipperdey, Grundriß des Arbeitsrechts, 5. Aufl. 1970, S. 288 (Hervorhebung durch den Verfasser).

2) Ähnlich zum Begriff des Arbeitskampfes allgemein Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, II/2, 7. Aufl. 1970, S. 870: "Arbeitskampf ist die aufgrund eines Kampfentschlusses der Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberseite erfolgende Störung des Arbeitslebens durch kollektive Kampfmaßnahmen zu dem Zweck, mit Hilfe des dadurch ausgeübten Drucks eine freiwillig nicht zugestandene kollektivvertragliche Regelung zu erreichen (Angriffsarbeitskampf) oder abzuwehren (Abwehrarbeitskampf)."

3) Vgl. Nikisch, Arbeitsrecht, II. Bd., 2. Aufl. 1959, S. 84 f.

Nichtorganisierten aber jedenfalls im Gefühl der Solidarität durchgeführt werden [4]. Bei anderen Formen des Streiks, z.B. dem sog."wilden Streik", der gerade nicht von einer Gewerkschaft organisiert ist, sondern spontan ausbricht, muß das gemeinsame Vorgehen von den Streikteilnehmern verabredet werden. Die planmäßige Durchführung ist dabei Aufgabe der "Streikleitung", die selbst bei einem "wilden Streik" kaum entbehrlich ist [5].

2.) Die eigentliche Streitfrage bei der heutigen Diskussion des Streikbegriffs ist vielmehr die, ob man den Streik (allein) von dem Mittel der planmäßigen, gemeinsamen Arbeitsniederlegung her definiert, ob also die eben erwähnten Kriterien der kollektiven Arbeitsniederlegung ausreichend sind oder ob zusätzlich zur Definition des Streikbegriffs notwendig auch das mit dem Streik von den Arbeitnehmern verfolgte Ziel gehört. Damit wäre Streik im arbeitsrechtlichen Sinne nur der Streik, der um arbeitsrechtlicher Ziele willen geführt wird, während z.B. der bereits erwähnte "politische Streik" nicht darunter fiele, da hier der vom Streik mitbetroffene soziale Gegenspieler, die Arbeitgeberseite, gar nicht in der Lage ist, den von den Arbeitnehmern gestellten politischen Forderungen (Zielen) nachzukommen, also sicher kein Streik i.S. der historischen Entwicklung des Streikgedankens [6] ist [7].

---

4) BAGE 1, 291 (304): "Die solidarische Gemeinsamkeit des Handelns besteht beim gewerkschaftlichen Streik in der gemeinschaftlichen Durchführung des Streikbeschlusses."

5) Vgl. im einzelnen etwa Nikisch,II, S. 84.

6) Siehe hierzu Kaiser, "Der politische Streik", 2. Aufl. 1959, S. 7 ff.,
ferner Hueck-Nipperdey,II/2, S. 884 ff.

7) Die Frage ist also heute bei weitem nicht mehr so eindeutig zu beantworten. Niese,a.a.O., etwa S. 14, meinte noch, daß es der "heute einhelligen Auffassung" entspreche, daß heute der Streik von dem Mittel der planmäßigen, gemeinsamen Arbeitsniederlegung her definiert werde, nicht von dem Ziel, das die Arbeitnehmer damit anstreben; diese Auffassung habe sich "in bewußtem Gegensatz zu Kaskel durchgesetzt". Hier haben die vergangenen Jahrzehnte vielmehr zu einer Polarisierung der Meinungen geführt, so daß Söllner, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 1978, S. 69 mit Recht sagt, daß diese Frage "immer noch lebhaft umstritten" sei.

So definiert etwa Nikisch den Streik folgendermaßen: "Der Streik ist der von einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern gemeinsam durchgeführte Entschluß, dem Arbeitgeber ihre Arbeitskraft solange zu entziehen, bis der damit verfolgte Zweck erreicht oder aufgegeben worden ist." [8] Ausdrücklich führt Nikisch sodann aus [9], es werde "nicht verlangt, daß das mit dem Arbeitskampf verfolgte Ziel auf dem Gebiete des Arbeitslebens liegen müsse oder daß der Kampf sich an die Adresse des sozialen Gegenspielers zu richten habe. Danach würde also auch ein Streik, mit dem gegen die politische Einstellung eines Arbeitgebers protestiert wird oder der sich gegen die Vornahme von Versuchen mit Atomwaffen wendet, als Arbeitskampf zu gelten haben. Es käme nicht auf das Kampfziel, sondern allein auf das Mittel des Kampfes an."

Die erstere Auffassung, die das Kampfziel in den Streikbegriff miteinbezieht, geht auf Kaskel [10] zurück, der bereits in den Zwanzigerjahren ausgeführt hatte: " Das Kampfziel ist die Erlangung günstigerer Arbeitsbedingungen. Wie jeder Kampf nicht um des Kampfes willen, sondern zur Erreichung eines günstigen Friedens ausgefochten wird, so wird auch ein Arbeitskampf nicht um seiner selbst willen, sondern zur Erlangung einer (vom Standpunkt jeder Partei) möglichst günstigen Gestaltung der Arbeitsbedingungen geführt ..." und weiter: [11] "Die Arbeitsniederlegung muß zu einem bestimmten Zweck erfolgen, nämlich zur Erlangung günstigerer Arbeitsbedingungen, sei es, daß die bisherigen Arbeitsbedingungen aufrechterhalten werden sollen, während der Arbeitgeber sie verschlechtern will, sei es, daß gegenüber den bisherigen Arbeitsbedingungen eine Verbesserung erreicht werden

---

8) Nikisch,II, S. 84. - Ganz ähnlich Schnorr v. Carolsfeld, Arbeitsrecht, 1954, S. 322: "Voraussetzung ist, daß ein echter Streik, d.h. eine gemeinsame Arbeitsniederlegung durch eine größere Anzahl der Belegschaftsmitglieder vorliegt (nicht bloß einzelner, die ohne Verbindung miteinander stehen), welche das Fortbestehen der Arbeitsverhältnisse wünschen (also ist gerade keine vorherige Aufkündigung des Arbeitsverhältnisses nötig), welche aber durch die Arbeitsniederlegung ein bestimmtes Ziel für sich oder andere zu erreichen trachten." Ferner Söllner, a.a.O., S. 71: " Streik ist die von einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern planmäßig und gemeinschaftlich durchgeführte Arbeitseinstellung zur Erreichung eines bestimmten Zieles."

9) Nikisch,II, S. 82.

10) Kaskel, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1925, S. 302.

11) Kaskel, a.a.O., S. 307.

soll, die der Arbeitgeber nicht oder nicht in dem gewünschten Ausmaß gewähren will. Ein anderer Zweck als die Erlangung günstiger Arbeitsbedingungen, etwa ein politischer Zweck oder die Vornahme einer bloßen Demonstration ("politischer Streik", "Demonstrationsstreik") hebt dagegen das Wesen des Streiks als Mittel im Arbeitskampf auf (Hervorhebung durch den Verfasser) und scheidet für die arbeitsrechtliche Betrachtung daher aus."

Diese Auffassung hat, wie in Fußnote 7) bereits ausgeführt, in den vergangenen 20 Jahren an Gewicht gewonnen. So wird sie außer den eingangs zitierten Hueck-Nipperdey etwa auch von Hanau-Adomeit,[12] wohl auch von Kaiser [13] vertreten. Die Argumente für diese Auffassung liegen auf der Hand:

Wie bereits auf Seite 16 dargelegt, ist die Abgrenzung zwischen "arbeitsrechtichem Streik" und "politischem Streik" richtigerweise danach zu treffen, wer Adressat der Kampfforderung der Arbeitnehmer ist: ein "arbeitsrechtlicher Streik" liegt nur vor, wenn der soziale Gegenspieler im Arbeitsleben, d.h. der Arbeitgeber, der Adressat der Kampfforderung ist, wenn sein Wille durch den Kampf gebeugt werden soll; dagegen ist der soziale Gegenspieler, die Arbeitgeberseite, beim "politischen Streik" zwar auch der Betroffene, der einen Schaden erleidet, jedoch soll nicht sein Wille gebeugt werden, sondern vielmehr Druck gegen den Staat (Exekutive, Legislative, Jurisdiktion) als Hoheitssubjekt ausgeübt werden (wobei der "betroffene" andere Teil, der Arbeitgeber, gar nicht in der Lage ist, durch sein Verhalten den politischen Forderungen nachzukommen),also ist

---

12) Hanau-Adomeit, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1978, S. 71: "Mit dem Streik muß ein tariflich regelbares Ziel verfolgt werden."

13) Kaiser, a.a.O., S. 20, wenn er etwa ausführt, daß "die Rechtsordnung einen bestimmten und klar definierten Raum ausgespart" habe, "in dem Streik und Aussperrung zur Anwendung kommen dürfen und geschützt sind: nämlich das Beziehungsfeld zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, das einer Regelung durch Arbeits- und Tarifvertrag zugänglich ist ..." und S. 21: "Vom Streik als Mittel des Arbeitskampfes (Hervorhebung durch den Verfasser) unterscheidet sich der politische Streik ..."

Adressat des Kampfes der Staat, nicht der (mit-)betroffene Arbeitgeber. [14] Subsumierte man nun auch derartige Störungen des Arbeitslebens durch kollektive Kampfmaßnahmen, die nicht den sozialen Gegenspieler zur Gewährung günstigerer Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zwingen sollen, sondern allgemeine politische Kampfziele verfolgen, die außerhalb des unmittelbar arbeitsrechtlichen Bereiches liegen, also vor allem staatliche Hoheitsorgane zu hoheitlichem Handeln veranlassen sollen, unter den Begriff des "Streiks", so wäre einmal "die historisch-teleologische Sinneinheit des Instituts 'Arbeitskampf' gesprengt," [15] es würde aber aus letztlich ebendiesem Grund auch sofort deutlich werden, daß die Frage nach den näheren Voraussetzungen für die Zulässigkeit der kampfweisen Durchsetzung politischer Ziele durch Störung des Arbeitsfriedens nicht nach kollektiv-arbeitsrechtlichen Kriterien und Maßstäben zu beantworten ist, vielmehr Probleme des Verfassungsrechts, des politischen Strafrechts, des individuellen Arbeitsvertragsrechts und des allgemeinen Deliktsrechts aufwirft. So ist beispielsweise der politische Kampf, der die Durchführung hoheitlicher Maßnahmen erzwingen will, grundsätzlich u.a. wegen Verstoßes

---

14) Gegen die verfassungsrechtlich, dogmatisch, aber auch in der praktischen Anwendung problematische Auffassung, der Begriff des "politischen Streiks" umfasse auch solche Arbeitsniederlegungen, die zwar subjektiv gegen die Arbeitgeberseite zur Durchsetzung arbeitsrechtlicher Forderungen gerichtet seien, jedoch wegen ihres Ausmaßes oder der Eigenart ihrer Folgen und Wirkungen zu einer objektiven Gefährdung des Staates führten, wendet sich mit Recht Hueck-Nipperdey, II/2, S. 884 Fußn. 10 a): einmal liegt ein Verstoß gegen die Wertung des Art. 9 III 3 GG vor, wenn man den - zwar wegen evidenter und grober Gemeinwohlschädlichkeit rechtwidrigen - Arbeitskampf in einen politischen umdeutet, zum anderen dürfte es nicht möglich sein, mit der Behauptung eines Umschlags von Quantität in Qualität plötzlich einen anderen zum Adressaten zu erklären als denjenigen, gegen den sich nach dem erklärten Willen die Kampfmaßnahme richtet; die praktische Konsequenz wäre schließlich, daß bei Beginn eines Streiks trotz des eindeutig zum Ausdruck gebrachten Willens regelmäßig noch gar nicht festgestellt werden könnte, ob der aufgrund seiner Zielrichtung zunächst rein arbeitsrechtliche Streik nicht allein wegen seiner Wirkung später ohne weiteres Zutun der Streikenden zu einem politischen würde.

15) So Hueck-Nipperdey, II/2, S. 885. Der Streik hat sich nun einmal historisch als Kampfmittel der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber zur Durchsetzung günstigerer Arbeitsbedingungen entwickelt.

gegen die Grundsätze des freiheitlich demokratischen Rechtsstaats (Art. 20 GG) verfassungswidrig,[16] da er eine hoheitliche Regelung zu erlangen strebt, deren Erlaß oder Durchführung nach der Verfassung allein Sache des jeweiligen Verfassungsorgans (Parlament, Regierung, Gericht) ist, nicht aber durch massive Druckausübung seitens einer in der Verfassung insoweit mit keinen Rechten ausgestatteten Gruppe soll erreicht werden können. Deliktsrechtlich löst der "politische Streik" bei Eingriffen in das durch § 823 I BGB geschützte Recht auf freie berufliche und gewerbliche Betätigung grundsätzlich Schadensersatzansprüche seitens des Arbeitgebers aus.[17] Individualvertraglich liegt ein Arbeitsvertragsbruch vor, der den Arbeitgeber u.U. zur fristlosen Entlassung berechtigt. Bezüglich des "politischen Demonstrationsstreiks"[18] schließlich gilt, daß er u.U. durch Art. 5 I GG geschützt ist.[19]

Insgesamt läßt sich also feststellen, daß keine arbeitskampfrechtlichen Begriffe herangezogen werden müssen, um in den erwähnten Fällen des "politischen Kampfes" durch Störung des Arbeitsfriedens zur rechtlichen Lösung zu gelangen. Unter diesem Gesichtspunkt sprechen die Vertreter des "engen Streikbegriffs" (der also nur den arbeitsrechtlichen, nicht auch den politischen Streik umfaßt) durchaus mit recht davon, daß eine Einordnung des allgemeinen politischen Kampfes mittels Störung des Arbeitsfriedens unter den (arbeitsrechtlichen) Begriffs des "Streiks" verfehlt ist. "Der politische 'Arbeitskampf' wäre dogmatisch ein mit dem System nicht verträglicher Fremdkörper im Arbeitskampfrecht."[20]

---

16) Dazu unten S. 285 ff.
17) Siehe hierzu näher die bei Hueck-Nipperdey, II/2, S. 886 Fußn. 10 f und d Genannten, insbesondere die Autoren, die anläßlich des S. 16 erwähnten "Zeitungsstreiks" 1952 u.a. zu diesen Fragen Rechtsgutachten erstatteten. Zu diesen Rechtsgutachten siehe unten S. 260.
18) Zum Begriff siehe oben S. 17.
19) Im einzelnen dazu unten S. 280 ff.
20) Hueck-Nipperdey, II/2, S. 887.

Demgegenüber weisen nun die Vertreter des "weiten Streikbegriffs" (der also den "politischen Streik" mitumfaßt) gerade darauf hin, daß nach dem Sprachgebrauch auch die Arbeitsniederlegung zu politischen Zwecken als "Streik" bezeichnet wird [21]. Diesem Sprachgebrauch liege die ja richtige Vorstellung zugrunde, daß jeder Streik, zu welchem Zwecke der auch geführt wird, in seiner äußeren Erscheinungsform immer das gleiche Bild biete: die unmittelbar Beteiligten seien die gleichen, nämlich Arbeitgeber, Arbeitnehmer bzw. deren Verbände, und ihre rechtlichen Beziehungen zueinander würden durch den Kampf auch dann berührt, wenn das Kampfziel in der Beugung des Willens Dritter, insbesondere staatlicher Organe, liege. Ferner seien, auch wenn einmal noch andere Rechtskreise (z.B. verfassungsrechtlicher Art usw.) berührt werden sollten, die Rechtsfolgen "immer in erster Linie arbeitsrechtlicher Art" [22]. Je nachdem, welches Kampfziel verfolgt werde, könnten dann unter dem einen umfassenden Streikbegriff verschiedene Arten von Streiks unterschieden werden, und schließlich spiele für die Feststellung, wann ein Kampf rechtswidrig ist und wann nicht, auch das Kampfziel eine Rolle.

Mit anderen Worten: Während die Vertreter des "engen Streikbegriffs" aus Gründen der dogmatischen Klarheit und Sauberkeit nicht mit eigentlich arbeitskampfrechtlichen Kategorien zu messende Erscheinungen der Störung des Arbeitsfriedens von vorneherein aus dem Streikbegriff ausklammern wollen (und die rechtliche Behandlung der somit ausgeschiedenen Problemfälle den dafür "zuständigen" Rechtsgebieten zuweisen wollen), plädieren die Vertreter des "weiten Streikbegriffs" gerade für eine - dogmatisch zunächst vielleicht wenig klärende, aber immerhin in Übereinstimmung mit dem äußeren Erscheinungsbild befindliche - Einbeziehung aller nur denkbaren Formen der Störung des Arbeitsfriedens durch die Arbeitnehmer unter den Streikbegriff, um dann innerhalb dieses weiten Streikbegriffs gerade im Hinblick

---

21) Nikisch, II, S. 83.
22) Nikisch, II, S. 82.

auf die unterschiedlichen Kampfziele weitere Unterscheidungen, vor allem hinsichtlich der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Kampfmaßnahme, zu treffen.

3.) Soweit der Streitstand zum Begriff des Streiks. Für die vorliegende Arbeit wäre nun zu klären, welcher Streikbegriff zugrundegelegt werden soll bzw. ob es für die Arbeit überhaupt einen Unterschied macht, welchem der beiden Begriffe man folgt.

Für die Übernahme des "engen Streikbegriffs" sprechen gerade im Rahmen einer wissenschaftlichen Arbeit die bereits oben im einzelnen aufgeführten dogmatischen Gründe, die bereits beim Streikbegriff zu einer sinnvollen, sauberen Trennung zwischen "arbeitsrechtlichen" und "politischen Streiks" führen.

Andererseits darf nicht übersehen werden, daß die vorliegende Arbeit arbeitskampfrechtliche Probleme ja nicht ausschließlich nur unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten untersuchen will, sondern gerade das "Phänomen" Streik unter strafrechtlichen Kategorien würdigen soll. Damit liegt es aber näher, an den Ausgangspunkt der Arbeit nicht einen dogmatisch bereits eng umgrenzten Begriff zu stellen, sondern vielmehr - wie es die Vertreter des "weiten Streikbegriffs" tun - von der äußeren Erscheinungsform des Streiks auszugehen als einer Störung des Arbeitsfriedens zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, unabhängig von den jeweiligen Kampfzielen der Streikenden. Legte man den "engen Streikbegriff" zugrunde, käme man ansonsten zu einer wohl nicht vertretbaren Vereinfachung der Problemstellung. Wie später noch im einzelnen auszuführen sein wird, liegen die Probleme des "modernen Streiks" vielfach gerade darin, daß nicht auf Anhieb klar ist, ob es sich überhaupt um einen Streik im herkömmlichen Sinne handelt ("Bummelstreik", "Dienst nach Vorschrift"), so daß es methodisch richtiger ist, vom äußeren Er-

scheinungsbild des Streiks und nicht von einem vorgefaßten dogmatischen Begriff auszugehen. [23] Ohne also letztlich zu dem dogmatischen Für und Wider hinsichtlich des Streikbegriffs Stellung zu beziehen, soll im folgenden der "weite Streikbegriff" gewissermaßen als "Arbeitshypothese" zugrundegelegt werden, um nicht aus rein dogmatischen Gründen die strafrechtliche Untersuchung des "Streikphänomens" dort abbrechen zu müssen, wo die Fragen sich geradezu aufzudrängen beginnen.

Für die Darstellung selbst wurde die übliche Unterscheidung zwischen "arbeitsrechtlichen" und "politischen" Streiks gewählt, wobei in einem zusätzlichen Kapitel gewisse Sonderformen des Streiks, wie "Bummelstreik", "Dienst nach Vorschrift" usw. erörtert werden sollen.

---

23) Damit stehe ich auf einem ähnlichen Standpunkt, wie etwa Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 25, die zum Rahmen ihrer Arbeit ausführen: "Im Rahmen dieser Schrift soll der Begriff 'Arbeitskampf' weit gefaßt werden; auf das Kampfziel soll es also bei der Begriffsbestimmung nicht ankommen. Einer Begründung dafür bedarf es nicht, weil es sich lediglich um eine Arbeitshypothese handelt. Damit ist nichts darüber gesagt, ob der Arbeitskampf im Einzelfall rechtmäßig oder rechtswidrig ist und in welchem Sinn der Begriff vom Gesetzgeber jeweils gemeint ist." Ähnlich wollen offenbar auch Großmann-Schneider, Arbeitsrecht, Rdn. 470 sich beim Streikbegriff nicht eindeutig festlegen: "Kämpfe mit politischen Zielen sind keine eigentlichen Arbeitskämpfe, da ..."

II. Die Tatbestandsmäßigkeit des arbeitsrechtlichen Streiks gem. §§ 240 und 253 StGB

1.) Die Streikdrohung als "Drohung mit einem empfindlichen Übel"

Streik ist die gemeinsam und planmäßig durchgeführte Arbeitseinstellung einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern, bis der damit beabsichtigte Zweck erreicht (oder aufgegeben) ist.[24)]

Erfüllt der "arbeitsrechtliche" Streik die Voraussetzungen der "Drohung mit einem empfindlichen Übel" im Sinne der §§ 240 und 253 StGB?

Ausgangspunkt der Überlegungen sei ein gewissermaßen "theoretischer Modellfall" des Streiks, nämlich ein Streik, der unzweifelhaft rechtmäßig ist: Nach Ablauf eines Tarifvertrages wird von einer Gewerkschaft aufgrund einer Urabstimmung mit dem erforderlichen Ergebnis und nach Erfüllung aller nach der Gewerkschaftssatzung noch erforderlichen weiteren Voraussetzungen (etwa Genehmigung des Streiks durch den Hauptvorstand) ein Streik durchgeführt mit dem Ziel, mit der Arbeitgeberseite einen neuen Vertrag mit höheren Löhnen zu erreichen. Als weitere Vereinfachung sei angenommen, daß die am Streik beteiligten Arbeitnehmer ihre Einzelarbeitsverträge ordnungsgemäß gekündigt haben, so daß zwischen den Tarifparteien und zwischen den einzelnen Arbeitnehmern und Arbeitgebern bei Arbeitsniederlegung keine arbeitsvertraglichen Bindungen mehr bestehen.[25)]

Die Arbeitnehmer versuchen also nun durch "Streik", d.h. durch die Drohung mit der Niederlegung der Arbeit oder, wenn der Streik bereits ausgebrochen ist, mit der Drohung, ihn fortzusetzen, ein für sie vorteilhaftes Verhalten der Arbeitgeber zu erzwingen. Dabei taucht gleich zu Beginn unserer Untersuchungen ein merkwürdiges Problem auf: handelt es sich bei dieser Drohung eigentlich um eine Drohung mit einem Unterlassen oder um eine Drohung mit einem aktiven Tun?

---

24) Wie soeben S. 31 dargelegt, soll diese Definition lediglich im Sinne einer Arbeitshypothese verstanden werden, ohne Rücksicht auf die zum Streikbegriff in der arbeitsrechtlichen Literatur im einzelnen vertretenen Auffassungen.

25) Mit Recht stellt auch Niese, a.a.O., S. 17 ff., an den Anfang seiner Erörterungen einen derartigen "Modellfall" mit der Begründung, es sei "wegen der klaren Abgrenzung vom Unrechtsproblem ratsam, sachverhaltsmäßig von einem unzweifelhaft rechtmäßigen Streik auszugehen..."

a) Die Frage, zu der man auf Anhieb auch keinerlei näheren Ausführungen etwa in den einschlägigen Strafrechtskommentaren findet, scheint leicht und problemlos im ersteren Sinne zu beantworten sein. Was sollte die Drohung, die Arbeit einzustellen, auch anderes sein, als eine Drohung mit einem Unterlassen? Ja, man könnte die Streikdrohung geradezu als einen Musterfall für eine Drohung mit einem Unterlassen ansehen.[26)]

Bleiben wir einen Augenblick bei dieser Auffassung, so taucht aber sofort eine neue Frage auf: Ist jede Ankündigung eines empfindlich schädigenden Unterlassens tatbestandsmäßig eine "Drohung mit einem empfindlichen Übel"?

aa) Das Reichsgericht hatte hierzu ausgeführt: "Nach herrschender Rechtsprechung würde die Drohung mit einer Unterlassung nur dann als Übel zu betrachten sein, wenn darin zugleich die gewollte Verletzung einer Pflicht zum Handeln enthalten wäre."[27)] Damit wird also der Gedanke des unechten Unterlassungsdelikts zur Ab-

---

26) So meint etwa Schröder, BB 53, 1015: "Es ist die Drohung mit einem Unterlassen, das sich als empfindliches Übel für den Arbeitgeber darstellt und zweifellos die Voraussetzungen des § 240 erfüllt." Wie Niese, a.a.O., S. 17 ff., richtig darlegt, stecken in diesem Satz übrigens gleich zwei Probleme: einmal die Frage, ob es sich wirklich um eine Drohung mit einem Unterlassen handelt, zum anderen, ob eine derartige "Drohung mit einem Unterlassen" so "zweifellos" den Tatbestand des § 240 StGB erfüllt.

27) RGSt 72, 76; es handelt sich um den bekannten Fall, in dem einige Fleischer den für ihren Bezirk zuständigen Fleischbeschauer gezwungen hatten, die von ihm untersuchten Schlachttiere nicht oder mit geringerem Gewicht für die Schlachtsteuer anzumelden, indem sie ihm androhten, künftig ihr Schlachtvieh nicht mehr von ihm untersuchen zu lassen. Auf die äußerst lesenswerte, scharfsinnige Kritik Nieses, a.a.O., S. 18 ff., zu dieser Entscheidung möchte ich an dieser Stelle nur hinweisen. Die von Niese kritisierten Mängel der Entscheidung beruhen im wesentlichen auf der Unsicherheit beim Tatbestand der §§ 240 und 253 StGB in der Fassung vor 1943, aber auch danach noch vor allem in der Abgrenzung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit. Durch den Beschluß des Großen Strafsenats des BGH in BGHE 2, 194, dem sich die h. M. anschloß, ist indessen gerade dieses Verhältnis als geklärt anzusehen, so daß eine Wiederholung der Nieseschen Kritik unangebracht erscheint.

grenzung des Tatbestandes verwendet. Nach diesem Abgrenzungskriterium fehlte es in unserem Ausgangsfall schon an der Tatbestandsmäßigkeit; denn nach Aufhebung aller arbeitsrechtlichen Verpflichtungen besteht für die Arbeitnehmer ja keine Arbeitspflicht mehr, die Zwangslage der Arbeitgeber, in die diese durch den Streik geraten, durch Aufnahme der Arbeit zu vermeiden. Das würde aber, einfach ausgedrückt, bedeuten, daß das "Nichtarbeiten" kein Übel darstellte bzw. seine Ankündigung keine Drohung im Sinne der §§ 240, 253 StGB! Ein merkwürdiges, lebensfremdes Ergebnis!

Um dieser Meinung, die eine Drohung mit einem Unterlassen nur bei Vorliegen einer entsprechenden Handlungspflicht des Drohenden als Drohung mit einem empfindlichen Übel im Sinne der §§ 240, 253 StGB ansieht, allerdings gerecht zu werden, muß man sich kurz daran erinnern, daß bei diesen Straftatbeständen immer schon große Unsicherheit bestand, einmal was die Abgrenzung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit betrifft, vor allem aber, weil diese Tatbestände immer schon sehr weit gefaßt waren, so daß eine Einschränkung des Anwendungsbereichs dieser Strafvorschriften einfach geboten war.[28] Die vielleicht naheliegendste Einschränkungsmöglichkeit war in der Tat wohl die entsprechende Heranziehung des Gedankens der Garantenpflicht, wie er beim unechten Unterlassungsdelikt ja als Abgrenzungskriterium allgemein anerkannt und geläufig war. Nur führt das eben - wie unser Beispielsfall zeigt - u. U. zu dem lebensfremden Ergebnis, daß eine Drohung mit einem Unterlassen keine Drohung mit einem empfindlichen Übel sein soll, nur weil für den Drohenden gegenüber dem Bedrohten keine ausdrückliche Rechtspflicht besteht, die Handlung vorzunehmen, deren Unterlassen angedroht wird, während für jeden, der die Situation nicht unter dem Gesichtswinkel juristisch-dogmatischer Notwendigkeit betrachtet, geradezu mit Händen zu greifen ist, daß das angedrohte Unterlassen für den Bedrohten ein ganz massiv empfindliches Übel darstellt! Der Grund für dieses merkwürdige Ergebnis liegt m.E. im wesentlichen darin,

---

28) Zu der historischen Entwicklung und der Änderung des Wortlauts des Nötigungstatbestandes des § 240 StGB v.a. durch die Novelle von 1943 siehe insbes. Maurach-Schroeder, Strafrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl. 1977, S. 122 ff. Einen besonders guten Einblick in die Unsicherheit und nach unserem heutigen Verständnis Fragwürdigkeit der Rechtsprechung des RG zu den §§ 240, 253 StGB für die Zeit vor dem 1. Weltkrieg gibt Nipperdey in seiner engagierten Dissertation "Grenzlinien der Erpressung durch Drohung". Als Kuriosum fast sei nur beispielsweise erwähnt, daß auch der (nach heutiger Auffassung) "rechtmäßige Streik" lange Zeit als Erpressung bestraft wurde.

daß zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs eines - jedenfalls weitaus überwiegend - deskriptiven Tatbestandsmerkmals ("Drohung mit einem empfindlichen Übel") nicht ebenfalls deskriptive Merkmale herangezogen werden, sondern normative, da zur Entscheidung, ob ein empfindliches Übel angedroht wird, auf das Bestehen oder Nichtbestehen von Rechtspflichten abgestellt wird. Für den Bedrohten ist und bleibt ein tatsächlich "empfindliches Übel" aber nun einmal das, was es ist, unabhängig davon, ob der Drohende eine Rechtspflicht hat, von dem angedrohten Unterlassen Abstand zu nehmen oder nicht.

Die Literatur geht daher heute überwiegend zu Recht davon aus, daß ein empfindliches Übel auch in einem Unterlassen bestehen kann, wobei gleichgültig ist, ob eine Rechtspflicht zum Handeln besteht. [29)]

---

29) So wörtlich Schönke-Schröder, Rdn. 9 zu § 240 und Niese, aaO, S. 22: "Wer eine Unterlassung androht, kann damit rechtswidrig nötigen, obwohl er mit der Unterlassung keine Handlungspflicht verletzt." - Ebenso Schäfer, LK Rdn. 72 zu § 240.

Unentschieden: Bockelmann, Strafrecht, Besonderer Teil/2, Delikte gegen die Person, 1. Aufl. 1977, S. 106: "Die Drohung mit einer Unterlassung ... ist nach h.M. jedenfalls dann Nötigung, (Hervorhebung durch den Verfasser), wenn der Drohende eine 'Pflicht zum Handeln' ... hat." Bockelmann weist sodann auf "weitergehende Ansichten" hin. - Nicht ganz deutlich auch Blei, Strafrecht II, Besonderer Teil, 11. Aufl. 1978, S. 66: "Der Drohung mit Herbeiführung eines Übels steht die mit Nichtbeseitigung eines solchen gleich, sofern der Drohende rechtlich verpflichtet ist, die Beseitigung zu bewirken." Blei scheint dabei nur den Fall im Auge zu haben, daß bereits ein Übel vorliegt, das durch Unterlassen nicht beseitigt wird, nicht aber den anderen Fall (wie beim Streik), daß durch das Unterlassen erst das Übel geschaffen (und durch weiteres Unterlassen natürlich aufrecht erhalten) wird.

A.A.: Lackner, StGB mit Erläuterungen, 12. Aufl. 1978, Anm. 4 a. E. zu § 240; Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, Besonderer Teil (§§ 80 - 358), Stand 4. Lieferung (März 1978), Rdn. 16 zu § 240: Drohung mit Unterlassen kann als aktive Drohung mit einem empfindlichen Übel nur gelten, wenn Täter zum Vornehmen der übelsabwehrenden oder - beseitigenden Handlung rechtlich verpflichtet ist.

bb) Diese Auffassung findet letztlich ihre systematische Grundlage in dem "berühmten" Beschluß des Großen Strafsenats des BGH in BGHSt 2,194, in dem das Verhältnis der Tatbestandsmäßigkeit zur Rechtswidrigkeit bei § 240 StGB (und damit auch § 253 StGB) in der heutigen Fassung klargestellt [30] wurde.

Der Gedankengang des Großen Strafsenats des BGH läßt sich kurz folgendermaßen umreißen: Die tatbestandsmäßige Handlung besteht im Abnötigen durch (Gewalt oder) Drohung mit einem empfindlichen Übel. Für den Tatbestand ist allein entscheidend die vom Bedrohten als ernsthaft empfundene Ankündigung eines zukünftigen, in der Macht des Nötigenden liegenden Verhaltens, das für den Genötigten tatsächlich ein empfindliches Übel darstellt, also einen Nachteil oder Schaden, dessen Vorstellung geeignet ist, einen besonnenen Menschen zu dem vom Nötiger erstrebten Verhalten zu bestimmen.

Dagegen umschreibt das Wort "rechtswidrig" in § 240 I StGB nicht einen zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Tatumstand, ist also nicht Tatbestandsmerkmal, sondern allgemeines Verbrechensmerkmal; denn es "fügt der Handlung, die als Nötigung eines anderen mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung gekennzeichnet wird, kein weiteres ihr Unrecht erst begründendes Merkmal hinzu.

---

30) Die vom BGH in diesem Beschluß vertretene Rechtsauffassung darf als von der h.M. im wesentlichen akzeptiert und übernommen gelten, jedenfalls soweit die Rechtswidrigkeit in § 240 I als allgemeines Verbrechensmerkmal, nicht als Tatbestandsmerkmal verstanden wird; siehe z.B. Dreher-Tröndle, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, 38. Aufl. 1978, Rdn. 14 zu § 240; Lackner, Anm. 6b) zu § 240; Maurach-Schroeder, S. 124; Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, Rdn. 36 zu § 240; Schäfer, LK Rdn. 57 zu § 240; Welzel, das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 326.

Differenzierend: Wessels, Strafrecht, Besonderer Teil - 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 1976, S. 45: § 240 II sei "Tatbestandsergänzung und Rechtswidrigkeitsregel"; die "Bestandteile der Mittel - Zweck - Relation" gehörten zum Tatbestand, das Werturteil ("verwerflich") gehöre zur Rechtswidrigkeit. Ähnlich: Preisendanz, Strafgesetzbuch, Lehrkommentar, 30. Aufl. 1978, Anm. 4 zu § 240.

Unentschieden: Krey, Strafrecht, Besonderer Teil, Band 1, Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, 3. Aufl. 1976, der nur auf die einzelnen Meinungen hinweist. Ebenso: Arzt, Strafrecht, Besonderer Teil, LH 1: Delikte gegen die Person, 1977, S. 192.

A.A. Schönke-Schröder, Rdn. 16 zu § 240.

Vielmehr sagt es nur etwas Selbstverständliches: daß die Verwirklichung des Tatbestandes rechtswidrig sein müsse ..." [31]

Das bedarf eigentlich keiner besonderen Erwähnung im Strafgesetz und wird überwiegend auch nicht erwähnt; soweit dies doch geschieht, hat dies nur die Bedeutung eines Hinweises auf den für alle Straftatbestände geltenden Satz, daß die Verwirklichung des Tatbestandes nicht immer rechtswidrig ist. In der Regel freilich ist die tatbestandsmäßige Handlung nur dann nicht rechtswidrig, wenn sie nach einer gestattenden Gegennorm des geschriebenen oder des Gewohnheitsrechts erlaubt ist. Bei § 240 ist dies allerdings anders: Der Gesetzgeber hat hier "die Grenzen des Nötigungstatbestandes so weit gezogen, daß er nunmehr auch ungezählte Fälle des täglichen Lebens erfaßt, in denen die Nötigung trotz Drohung mit einem empfindlichen Übel für das natürliche Rechtsgefühl rechtmäßig ist, die Rechtmäßigkeit jedoch nicht aus einer besonderen gestattenden Gegennorm hergeleitet werden kann. Hier fällt deshalb dem Richter die Aufgabe zu, anstelle des Gesetzgebers durch unmittelbare Wertung zu entscheiden, ob die tatbestandsmäßige Nötigung im Einzelfalle rechtswidrig ist oder nicht. Auf diese besondere Aufgabe durch Einfügung des Wortes 'rechtswidrig' hinzuweisen, ist sinnvoll." Es versagt also bei den "offenen" Tatbeständen der §§ 240 und 253 StGB ausnahmsweise die unrechtsindizierende Funktion der Tatbestände. Vielmehr muß der Richter erst durch eine positive Wertung die Rechtswidrigkeit feststellen. Dafür nun geben die §§ 240 und 253 StGB in ihrem Abs. 2 den Wertmaßstab; es ist dies die gesetzliche Verkörperung der sog. "Relationstheorie": Das rechtlich Verwerfliche der Tat ist nicht einseitig in dem angewandten Mittel oder dem angestrebten Zweck zu suchen, sondern in der Beziehung zwischen Mittel und Zweck, in ihrer Verquickung, und zwar in einer solchen Beziehung des Mittels der Gewalt oder der Drohung zu dem durch die Nötigung angestrebten Zweck, die nach richtigem allgemeinem Urteil sittlich zu mißbilligen ist. [32]

cc) Soweit der Gedankengang des BGH zu der Abgrenzung zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit bei §§ 240 und 253 StGB. Steht aber nach der eben erwähnten Regel der §§ 240 II und 253 II (Relationstheorie) fest, daß eine Nötigung auch dann rechtswidrig sein kann, wenn ein an sich erlaubtes Übel zu einem an sich erlaubten Zweck angedroht wird, so folgt schon daraus zwingend, daß

---

31) BGH, aaO, S. 195.

32) BGH, aaO, S. 196.

die Erlaubtheit des Übels nicht die Tatbestandsmäßigkeit ausschließen kann. Konkret auf unser Problem der Drohung mit einem Unterlassen übertragen bedeutet dies, daß die Drohung mit einem Unterlassen rechtswidrige Nötigung sein kann, obwohl mit dem Unterlassen als solchem keine Handlungspflicht verletzt wird. Tatbestandsmäßig im Sinne der §§ 240, 253 ist vielmehr die Androhung jedes Unterlassens, das geeignet und bestimmt ist, als empfindliches Übel den Willen des Genötigten zu beugen. Ob mit dem Unterlassen eine Handlungspflicht verletzt wird, spielt erst eine Rolle bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit nach dem Maßstab der Mittel-Zweck-Relation, wobei das Ergebnis allein durch die Feststellung, eine Handlungspflicht sei verletzt oder nicht verletzt, noch keineswegs zwingend bestimmt ist.

Zurück zu unserem Ausgangsfall: Da das vor dem Streik von den Arbeitnehmern angekündigte kollektive Unterlassen der Arbeit bzw. die im Streik angedrohte Fortsetzung des Nichtarbeitens für den Arbeitgeber zweifelsohne ein empfindliches Übel darstellt, erfüllt jeder Streik den Tatbestand der Nötigung, und zwar auch in dem Fall, daß infolge vorheriger Kündigung keinerlei arbeitsrechtliche Verpflichtung zur Arbeitsleistung seitens der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber mehr besteht.

b) Die bisherigen Ausführungen zur Tatbestandsmäßigkeit des Streiks waren von der - zunächst problemlos richtig erscheinenden Voraussetzung ausgegangen, daß der Streik tatsächlich ein bloßes Unterlassen, ein "Nichtarbeiten", ist. Diese Annahme erscheint indessen nicht unproblematisch. Man denke nur etwa an die bekannte Parole: "Alle Räder stehen still, wenn dein starker Arm es will!" Mit Recht meint Niese [33] hierzu: "Zu einem Unterlassen bedürfte es keines starken Arms!" und er erinnert etwa an den Satz von Grote [34]: "Der Streik ist wie der Krieg ein Akt der Gewalt."

Der Verdacht drängt sich auf, daß die vorschnelle, allzu plausible Annahme, das Wesen der Streikdrohung erschöpfe sich in der Drohung mit einem Unterlassen, einer kritischen Überprüfung bedarf. Ehe wir nun aber die konkrete Frage entscheiden können, ob die Streikdrohung ihrem Wesen nach Drohung mit einem Unterlassen oder Drohung mit aktivem Tun ist, gilt es, kurz die Kriterien festzustellen, anhand derer die Entscheidung zu treffen ist.

---

33) A.a.O., S. 26.

34) Grote, Der Streik, Taktik und Strategie, S. 74 und 145.

aa) Im Ausgangspunkt herrscht allgemeine Übereinstimmung darüber, daß das aktive Tun ein vom Willen ausgelöstes aktives Eingreifen in die Außenwelt ist, während die Unterlassung dadurch gekennzeichnet ist, daß der Täter, obwohl er es könnte, nicht in einen Kausalverlauf eingreift, und somit der Erfolg durch das Wirken anderer Umstände herbeigeführt wird [35]. Schwierig und strittig wird die Abgrenzung allerdings im Einzelfall, wenn Elemente von Tun und Unterlassen zusammentreffen [36].

Die Rechtsprechung des BGH stellt insoweit auf den "Schwerpunkt des Vorwurfs" ab [37]: "Die Rechtsprechung neigt, was die Frage angeht, ob ein Tun oder Unterlassen vorliegt, gelegentlich zur formalen Überbetonung einer einzelnen Verhaltensweise. Es kann jeweils nur auf den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit ankommen." Dagegen werden im Schrifttum auch andere Kriterien herangezogen.

---

35) Blei, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 1977, S. 282 ff.; Dreher-Tröndle, Rdn. 3 vor § 1; Lackner, Anm. 2a zu § 13; Preisendanz, S. 70 ff.; Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1975, S. 699 ff.; Schönke-Schröder, Rdn. 134 ff. Vorbem. §§ 13 ff.

36) Bekannt ist z.B. der von RGSt 63, 211 entschiedene "Ziegenhaarfall": Der Angeklagte hatte für seine Pinselfabrik von einer Händlerfirma chinesische Ziegenhaare bezogen und diese trotz entsprechender Mitteilung der Händlerfirma, daß er sie desinfizieren müsse, ohne vorherige Desinfektion durch seine Arbeiter zu Pinseln verarbeiten lassen. Mehrere Arbeiter starben an Milzbrand aufgrund einer Infektion mit Milzbrandbazillen, mit denen die Haare behaftet waren. Liegt Begehungstat (Herausgabe der infizierten Haare an die Arbeiter zur Verarbeitung) oder Unterlassungstat (Unterlassen der Desinfektion) vor?

37) BGHSt 6, 59; ähnlich auch Baumann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 1977, S. 244, gerade zu dem vorstehend zitierten "Ziegenhaarfall", wonach sich der "Vorwurf" nicht gegen die Herausgabe der Haare als solche zur Verarbeitung richte, sondern gegen das Unterlassen der Desinfektion. - Auf den "Schwerpunkt des Vorwurfs" stellen ferner ab z. B. Blei, AT, S. 278 f.; Preisendanz, Anm. 2 zu § 13; Wessels, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 1978, S. 139.

So stellt Eberhard Schmidt [38] im Rahmen der von ihm begründeten "sozialen Handlungslehre" entscheidend auf die "soziale Sinnhaftigkeit" des Tuns ab: "Was wir als 'Handlung' zu begreifen haben, bekommt seinen - gerade für jede Art von juristischer Bewertung - maßgebenden Sinn von da her, wie es objektiv-sozial zu 'verstehen' ist ... für die soziale Gemeinschaft stellen sich die Handlungen als funktionale soziale Sinneinheiten dar, die zunächst einmal so zu 'verstehen' sind, wie sie sich nach den Anschauungen, Erfahrungen, Gewohnheiten des sozialen Lebens auffassen lassen müssen ..."

Spendel [39] will eine Regel dahingehend aufstellen, daß grundsätzlich im Zweifel positives Tun anzunehmen sei. "Für eine tatsächliche Betrachtung - und bei der Tatbestandsprüfung ist ja zunächst einmal das Tatsachenmaterial als Objekt der rechtlichen Wertung zu erfassen - ist die Regel aufzustellen, daß als erstes nach der aktiven Seite eines zweideutigen und doppelseitigen Verhaltens zu fragen und dieses im Zweifel als aktives Tun aufzufassen ist." Spendel geht dabei von der - sicher richtigen - Überlegung aus, daß gerade das Strafrecht in erster Linie an sozialschädliches Verhalten und nicht an Unterlassen anknüpfe; die strafrechtlichen Normen seien daher vornehmlich Verbote, die Unterlassungen (bestimmter Handlungen) verlangen, und nicht Gebote, die Handlungen fordern. "Durch 'Taten', d.h. vor allem

---

38) Eberhard Schmidt in Festschrift für Engisch, 1969, S. 339 (350).

39) Spendel in Festschrift für Eberhard Schmidt, 1971 (Neudruck), S. 194.

Ähnlich meint auch Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1978, S. 489: "Erst wenn feststeht, daß das aktive Handeln des Täters zwar vorsätzlich oder fahrlässig, aber sozialadäquat, rechtmäßig oder schuldlos war, muß weiter geprüft werden, ob der Täter ein zu erwartendes positives Tun, durch das der Erfolg abgewendet worden wäre, unterlassen hat." - Ebenso: Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1977, Rdn. 7 vor § 13.

durch aktives Tun, greift der Mensch in das Naturgeschehen ein, durch Aktivität wird in der Regel etwas - zum Nutzen wie zum Schaden, im Guten wie im Bösen - vollbracht, kaum durch 'Tatenlosigkeit', durch Passivität."[40] Erst wenn sonach die Ursächlichkeit der Handlung nicht feststellbar ist, könne immer noch eine Kausalität durch Unterlassen in Betracht kommen.

Im gleichen Sinne argumentiert auch Arthur Kaufmann[41]: "Man sollte stets die einfache Regel beherzigen, daß ein einheitliches Verhalten, das sowohl Tätigkeits- wie auch Unterlassungselemente enthält, im Zweifel als positives Tun zu betrachten ist."

Vorsichtiger formulieren Schönke-Schröder[42]: "Als Richtlinie..läßt sich nur sagen, daß das Schwergewicht meist bei der Handlung liegen wird."

Maurach[43] schließlich meint zu dem angeschnittenen Problemkreis der Abgrenzung zwischen Begehungs- und Unterlassungstat, daß sich "einheitliche Grundsätze hier nicht immer finden" ließen. Regelmäßig verdiene diejenige Lösung den Vorzug, die den bei Begehung und Unterlassung häufig verschieden gearteten Unrechtsgehalt der Tat voll ausschöpft. Es komme auf die "komplexe Betrachtung des Gesamtvorganges" an, auf den "Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit".

Damit scheint die Verwirrung vollständig zu sein: Während einerseits eine Regel behauptet wird, die im Zweifel zugunsten des positiven Tuns spreche, wird andererseits vertreten, daß es gerade keine einheitlichen Grundsätze gebe. Ich meine aber, daß uns gerade die Maurachsche Stellungnahme im Rahmen der vorliegenden Arbeit die Richtung weisen kann.

---

40) A.a.O., S. 194.

41) Arthur Kaufmann in Festschrift für Eberhard Schmidt, 1971 (Neudruck), S. 212.

42) Schönke-Schröder, Rdn. 158 Vorbem. §§ 13 ff.; die weitergehende Auffassung der eben zitierten Spendel und Kaufmann meinen sie "angesichts der Tatsache, daß Unterlassungen von nebensächlichen Handlungen begleitet sein können, nicht akzeptieren" zu können.

43) Maurach, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1971, S. 582. - Maurach-Gössel-Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 5. Aufl. 1978, S. 119 ff. (127) grenzen nunmehr wie folgt ab: Begehenshandlung liege stets dann vor, wenn der Täter eine Rechtsgutbeeinträchtigung handelnd durch eine in der Außenwelt wahrnehmbare körperliche Tätigkeit herbeigeführt hat, Unterlassungshandlung dagegen, wenn der Täter eine Rechtsgutbeeinträchtigung handelnd durch körperliche Untätigkeit bewirkt. Die von ihnen diskutierten Fälle zeigen, daß sie damit im praktischen Ergebnis im allgemeinen zu einer Begehenshandlung kommen.

Betrachtet man die in der Literatur vorhandenen Äußerungen zu unserem Abgrenzungsproblem genauer, so stellt man sofort fest, daß die Untersuchungen überwiegend am Beispiel von sog. Erfolgsdelikten, vornehmlich Tötungsdelikten, durchgeführt werden und dabei "naturgemäß" Kausalprobleme im Vordergrund stehen.[44] Die von den einzelnen Autoren aufgrund ihrer Untersuchungen gefundenen detaillierten Ergebnisse sind von den jeweils diskutierten Ausgangsproblemstellungen her gesehen sicher richtig, aber wohl ebenso problematisch, wenn man sie verallgemeinern wollte. Insofern ist im Ergebnis Maurach beizupflichten, wenn er davon ausgeht, daß einheitliche Grundsätze nicht immer zu finden seien, sondern letztlich eine Diskussion von Fallgruppen zu erfolgen hat.

Gerade im Rahmen der vorliegenden Arbeit ist hier zu berücksichtigen, daß die Nötigung kein Erfolgsdelikt wie etwa die Tötungs- oder Körperverletzungsdelikte darstellt; damit wäre es aber völlig verfehlt, mit den in der Literatur vor allem anhand der Diskussion von Erfolgsdelikten (und hier insbesondere Kausalitätsproblemen) gewonnenen, zum Teil recht dif-

---

44) Die in den vorstehenden Ausführungen zitierten Stellungnahmen berücksichtigen daher - letztlich bewußt - nicht sämtliche zu dem Problemkreis vertretenen Auffassungen. Erwähnt seien hier nur die vorzüglichen Ausführungen von Roxin in Festschrift für Englisch, 1969, S. 380, die aber auch vor allem von Spezialproblemen im Bereich der Erfolgsdelikte beherrscht werden, etwa dem Problem der Grenzen ärztlicher Pflicht bei Anwendung lebensverlängernder Reanimatoren usf. Arthur Kaufmanns Beitrag in Festschrift für Eberhard Schmidt, aus dem vorhin zitiert wurde, trägt den bezeichnenden Titel: "Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht" und bringt als Ausgangsfall den Fall einer fahrlässigen Tötung im Straßenverkehr. Und schließlich erörtert auch Eberhard Schmidt, a.a.O., vor allem Probleme aus dem Bereich "ärztlicher Heilkunst und Strafrecht", also Erfolgsdelikte. Auch der vielbesprochene, eingangs erwähnte "Ziegenhaarfall" des RG hatte ein Erfolgsdelikt zum Gegenstand.

ferenzierten Auffassungen zu operieren.[45)]

Vielmehr dürfte es vorliegend sachgerechter sein, mit den "Faustregeln" zu arbeiten,[46)] die die im Text soeben zitierten Meinungen aufstellen. So kommt es - kurz wiederholt - nach der Rechtsprechung (im Ergebnis ähnlich, Baumann, Blei, Maurauch, Preisendanz und Wessels) darauf an, ob der "Schwerpunkt" der Handlung in einem Tun oder einem Unterlassen zu sehen ist. Eberhard Schmidt stellt auf den "sozialen Sinngehalt" des infrage stehenden Verhaltens ab, und Spendel, Arthur Kaufmann und Schönke-Schröder schließlich gehen von der Regel aus, daß zuallererst positives Tun anzunehmen sei und erst in zweiter Linie - wenn positives Tun eindeutig ausscheidet - auch Unterlassen gegeben sein könnte.

bb) Worum geht es nun aber bei der "Streikdrohung"? Kein Zweifel: die Drohung, die erwartete Arbeitsleistung nicht zu erbringen, ist sicherlich wesentlicher Bestandteil jeder Streikdrohung. Zu fragen ist indessen, ob damit das Wesen der Streikdrohung bereits erschöpfend erfaßt ist.

---

45) Wie wenig die "Abgrenzungsformeln" u. U. passen, zeigt sich auch etwa, wenn man wortwörtlich die Frage nach dem "Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit" bei einem zweifelsohne rechtmäßigen Streik stellen wollte, um herauszufinden, ob die Drohung mit Streik Drohung mit einem Tun oder einem Unterlassen ist. Dies hängt eben mit der eingangs bereits erwähnten Tatsache zusammen, daß bei der Nötigung die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit noch nicht indiziert, die Nötigung also ein sog. "offener Tatbestand" ist. Ein Argument mehr, die in der Literatur verwendeten Abgrenzungsformeln nicht wortwörtlich, sondern "sinngemäß" anzuwenden und zu verstehen, insbesondere aber auf "Extrapolationen" zu verzichten.

46) Insofern eben stimmt die von Maurach vertretene Auffassung, als es für unseren Abgrenzungsfall der Drohung mit Tun oder Unterlassen nicht auf an Kausalitätsproblemen entwickelte Abgrenzungskriterien ankommt (diese wären wahrscheinlich sogar kaum verwendungsfähig), sondern gerade mehr auf "allgemeine Faustregeln".

Die heute typische, weitaus überwiegende Erscheinungsform des Streiks ist der gewerkschaftlich organisierte Streik. Ihm liegt die historische Erfahrung zugrunde, daß die Kraft und die Mittel des einzelnen oder auch kleiner Gruppierungen nicht ausreichen, um den gestellten Forderungen gegenüber dem Kampfpartner die erforderliche Effektivität zu verleihen. So haben sich die Gewerkschaften geschichtlich gesehen gerade als Kampforganisationen entwickelt, "die auf weite Sicht in planmäßiger Arbeit die wirtschaftlichen und ideologischen Waffen des Arbeitskampfes schmieden und bei Ausbruch eines Streiks einsetzen".[47] Das bereits eingangs zitierte Buch Grotes "Der Streik, Taktik und Strategie" gibt ein eindrucksvolles Bild davon, was es eigentlich bedeutet, "einen Streik zu führen". So führt Grote etwa im IX. Kapitel auf S. 146 ff. im einzelnen aus, welche v.a. psychologischen, aber auch materiellen Voraussetzungen für einen erfolgreichen Streik gegeben sein müssen.[48] Im einzelnen wird geschildert, wie durch geschickte psychologische Beeinflussung der Massen die Bereitschaft zum Arbeitskampf zu wecken ist, wie der "strategisch" nach politischen, wirtschaftlichen und organisatorischen Gesichtspunkten geplante Streik schließlich "im Detail" "taktisch" zielbewußt und effektiv durchzuführen ist. Dabei kommt vor allem der "Öffentlichkeitsarbeit" entscheidende Bedeutung zu: Durch Rundschreiben, Flugblätter, Kontaktnahme mit Rundfunk und Presse einerseits, aber auch Fühlungnahme mit den staatlichen Stellen (Stadtrat, Kreistag usw. bis hin zu Bundestag und Bundesregierung) andererseits[49] muß ein "öffentliches Bewußtsein" für die Belange der Streikenden geschaffen werden. Damit wird aber überdeutlich, daß die Streikdrohung nicht lediglich in der Drohung besteht, "die Hände in den Schoß zu legen", d.h. das "Erbringen der Arbeit zu unterlassen", vielmehr handelt es sich um die "Drohung, diese 'geballte Kraft' der Organisation zu entfesseln"[50]. Wie sehr gerade die Drohung mit den Machtmitteln der Organisation, mit all dem, was die Organisation an aktiver Kraftentfaltung aufbieten kann, das Wesen des Streiks bestimmt, unterstreichen etwa auch Ausführungen

---

47) Niese, a.a.O., S. 25.

48) Die Titel der Unterkapitel sind äußerst aufschlußreich: "1. ... 2. Die psychologischen Voraussetzungen. 3. Die materiellen Voraussetzungen. 4. Die Bereitschaft zum Kampf. 5. Das Kampfziel. 6. Die Vorbereitung der Aktion. 7. Die Streikleitung. 8. Der Angriff (! Anm. d. Verf.). 9. Taktik und Strategie" usw.

49) vgl. Grote, a.a.O., S. 163 ff.: " Die taktischen Mittel".

50) Niese, a.a.O., S. 26.

wie bei Külp[51]: "Die Glaubwürdigkeit der Streikdrohung dürfte nämlich dann zurückgehen, wenn die Gewerkschaften lange Zeit keinen Streik mehr durchgeführt haben. Gerade aus diesen Gründen sehen sich die Gewerkschaften häufig veranlaßt, Streiks auszurufen, um ihre unverminderte soziale Macht zu dokumentieren. So ist damit zu rechnen, daß ein bestimmtes Ausmaß an Konflikt nicht unterschritten werden kann." Oder[52]: "Die Streikwaffe (! Anm. d. Verf.) läßt sich noch auf andere Weise als kombiniertes Mittel gegen Arbeitgeber und die Politiker einsetzen. Unmittelbar vor den Wahlen reagieren die Politiker besonders empfindlich auf Streikdrohungen. In diesen Zeiten erwarten die Politiker einen besonders starken Einfluß auf das Wählerverhalten. Aus diesem Grund können die Gewerkschaften mit einem größeren Erfolg der Tarifverhandlungen rechnen, wenn sie die Kündigung der bisherigen Tarifverträge und die Streikdrohungen unmittelbar vor den Wahlen ansetzen. Sie können dann gewiß sein, daß in diesem Falle die Arbeitgeber nicht nur unmittelbar durch die Streikdrohung, sondern auch durch die Politiker unter Druck gesetzt werden."

Die zuletzt zitierten Ausführungen Külps machen deutlich, daß der Streik auch und gerade ganz bewußt aktiv politische Kräfte in Gang setzen soll, indem aktiv über die Einflußnahme auf Politiker, Medien, die sog. "öffentliche Meinung" usf. von dort aus Kräfte mobilisiert werden, von denen zu erwarten ist, daß sie ihrerseits auf die bestreikten Arbeitgeber Druck ausüben werden im Sinne der von den Streikenden verfolgten Ziele.

cc) Nach alledem müssen wir den "Schwerpunkt" der Streikdrohung (im Sinne der Abgrenzungsformel der Rechtsprechung des BGH) in der Drohung mit der Entfaltung eines höchst positiven Tuns sehen. Die - zwar notwendig - in der Streikdrohung mitenthaltene Drohung, die Arbeit nicht zu erbringen, "zu unterlassen", tritt demgegenüber in den Hintergrund: Nicht das Unterlassen der Arbeit, sondern der schlagkräftige aktive Einsatz der Machtmittel der Kampforganisationen nach "strategischen und taktischen" Gesichtspunkten verleiht dem Streik seine beabsichtigte Wirkung auf den sozialen Gegenspieler.

---

51) Bernhard Külp, Streik und Streikdrohung, 1969, S. 52 f.
52) Külp, a.a.O., S. 58.

Aber auch die Abgrenzungsformel Eb. Schmidts von der "sozialen Sinnhaftigkeit" führt hier zu dem gleichen Ergebnis, aus den nämlichen dargelegten Gründen.[53]

Bleibt schließlich festzuhalten, daß auch nach den vorhin erwähnten Meinungen (Kaufmann, Spendel, Schönke-Schröder), die bei der Abgrenzung zwischen Unterlassen und positivem Tun regelmäßig zunächst positives Tun annehmen wollen, vorliegend sich nichts anderes ergibt, da sich ja bei der aus Elementen des Unterlassens, aber auch des positiven Tuns bestehenden Streikdrohung jedenfalls genügend - sogar überwiegend - Anknüpfungspunkte für das Vorliegen positiven Tuns finden lassen.

Dieses Ergebnis, das die Streikdrohung als Drohung nicht mit einem Unterlassen, sondern mit einem "höchst positiven Tun" charakterisiert, ist zugleich Ausdruck für das Wesen des Streiks als Kollektivmaßnahme: Was bei dem einzelnen Arbeitnehmer noch ein bloßes Unterlassen sein mag, wenn er alleine die Arbeit niederlegt, wird beim gemeinsamen Vorgehen vieler unter Einschaltung der Machtmittel der Kampforganisation zum positiven Tun. Der Schluß von der Qualifikation des Verhaltens eines einzelnen auf die des Verhaltens einer organisierten Vielzahl ist hier somit unzulässig.[54] [55]

Dies alles gilt, wie eben ausgeführt, jedenfalls für den organisierten Streik, der heute als Regelfall angesehen werden kann. Zweifel könnten indessen beim sog. "wilden Streik" auf-

---

53) Niese, a.a.O., S. 26: "Daß der soziale Sinn (! Anm. d. Verf.) des Streiks in der Entfaltung hoher Aktivität liegt, zeigt sich auch darin, daß er weithin als Gewaltanwendung verstanden wird."

Zu der Frage, ob der Streik auch Gewalt im Sinne des § 240 StGB ist, siehe unten S. 47 ff.

54) So auch Niese, S. 24: "...wie überhaupt grundsätzlich eine 'individualistische' Betrachtungsweise, d.h. der Schluß von Rechtsbeziehungen zwischen Einzelpersonen auf den kollektiven Arbeitskampf zwischen den sozialen Gegenspielern dem Phänomen des Streiks nicht gerecht werden kann."

55) Ebendiese Problematik spricht auch Nikisch, II, S. 128, an, wenn er ausführt: "... als eine Mehrzahl von Arbeitnehmern ebensogut die Arbeit niederlegen ... kann wie ein einzelner Arbeitnehmer. Es fragt sich nur, ob eine solche Kollektivaktion von der Rechtsordnung in gleicher Weise gestattet wird und gestattet werden kann wie die entsprechende Einzelmaßnahme, und das versteht sich keineswegs von selbst. Denn gerade das kollektive Element birgt besondere Gefahren in sich, nicht nur für die unmittelbar Beteiligten, sondern auch für weitere, nur mittelbar betroffene Kreise und für die öffentliche Sicherheit und Ordnung..."

tauchen, den eine unorganisierte Gruppe u. U. sogar unter Mißbilligung der Gewerkschaft spontan durchführt. Hier könnte es an dem Moment der "aktiven Kraftentfaltung und des Einsatzes der Machtmittel der Kampforganisationen" fehlen, welches entscheidend für eine Qualifikation der Streikdrohung als positives Tun sprach. Aber auch beim "wilden Streik" trifft dann zumindestens das oben Seite 38 gefundene Ergebnis zu, daß er jedenfalls als Ankündigung des kollektiven Unterlassens der Arbeitsleistung Drohung mit einem empfindlichen Übel ist und insoweit den Tatbestand der §§ 240, 253 StGB erfüllt.

c) Als Ergebnis bleibt danach festzuhalten, daß der Streik, gleichviel ob als organisierter oder unorganisierter (sog. "wilder Streik") Streik durchgeführt, "Drohung mit einem empfindlichen Übel" im Sinne der §§ 240, 253 StGB ist, sei es nun, daß die Streikdrohung als Drohung mit positivem Tun (dies ist im Regelfall des organisierten Streiks anzunehmen), sei es, daß sie als Drohung mit einem Unterlassen (so u. U. beim unorganisierten sog. "wilden Streik") zu werten ist.

2.) Der Streik als Gewalt im Sinne der §§ 240, 253 StGB

Im folgenden soll nun weiter untersucht werden, ob der Streik neben dem Tatbestandsmerkmal der "Drohung mit einem empfindlichen Übel" auch das der "Gewalt" im Sinne des § 240 StGB erfüllt.

a) Niese[56] konnte dieses Problem noch kurz mit dem Bemerken abtun, der Streik als organisierte Arbeitsniederlegung sei nicht "Gewalt" im Sinne der Nötigungsdelikte; denn das StGB verstehe hierunter die Gewalteinwirkung auf Personen oder Sachen durch physische Kraft oder (bei Personen) auch durch chemische oder psychische Mittel (Narkose, Betäubung, Hypnose u.ä.). "Das scheidet beim ordnungsgemäß geführten Streik aus."[56]

Dagegen führte nur etwa ein Jahr später bereits der BGH[57]

---

56) Niese, S. 26, im Zusammenhang mit dem Wort Grotes in dem bereits zitierten Buch "Der Streik, Taktik und Strategie": "Der Streik ist wie der Krieg ein Akt der Gewalt".

57) BGHSt 8, 102. Die beiden Angeklagten waren u.a. wegen Vorbereitung eines bestimmten hochverräterischen Unternehmens gegen die auf dem Grundgesetz beruhende verfassungsmäßige Ordnung (§ 81 I i. V. m. § 80 I 1 StGB a.F.) verurteilt worden, weil sie sich für den dem "Programm der nationalen Wiedervereinigung Deutschlands" zugrunde liegenden Umsturzplan eingesetzt hatten. Als Angriffsmittel waren u.a. Demonstrationen und Streiks bis hin zum Massen- und Generalstreik vorgesehen.

aus: "Die Frage, ob solche Handlungen (geplant waren u.a. Demonstrationen und Streiks bis hin zum Massen- und Generalstreik) an sich schon "Gewalt" i.S.d. § 80 Abs. 1 (a. F. Anm. d. Verf.) sein können, ist in BGHSt 6, 340 noch offen gelassen worden. Der Senat trägt keine Bedenken, sie in vorliegendem Fall zu bejahen." Begründet wird diese Auffassung wie folgt:

Ziel der geplanten Aktionen sei es gewesen, die Bundesregierung und den Bundestag in seiner durch die Wahlen gegebenen Zusammensetzung auszuschalten. Dazu sei die Anwendung von Körperkraft in irgendeiner Form gegen die Mitglieder weder das erforderliche noch das geeignete Mittel gewesen. "Vorstellungen solcher Art gehören einer vergangenen Zeit an; die Gegenwart kennt andere und nicht minder wirksame Methoden des gewaltsamen Umsturzes. Eine Auslegung, die für den Begriff der Gewalt im Sinne des § 80 körperliche Kraftentfaltung fordert, würde also die praktische Bedeutung der Vorschrift weitgehend entwerten. Entscheidend kann nur die Zwangswirkung sein. Diese Auffassung steht mit der Entwicklung im Einklang, die der Begriff der Gewalt allgemein in Schrifttum und Rechtsprechung genommen hat (z.B. BGHSt 1, 145)." [58] Demonstrationen und Streiks könnten keineswegs als "typische Mittel der Gewaltlosigkeit" angesehen werden; vielmehr stelle jeder Streik eine aktive Kraftentfaltung dar und sei auch als solche gedacht. Ob eine der körperlichen Kraftentfaltung vergleichbare Wirkung erstrebt und erzielt werden soll, hänge von Art und Umfang des Streiks sowie davon ab, auf wen durch ihn eingewirkt werden soll.

Der BGH stellt sodann ausdrücklich klar, daß ein örtlich begrenzter oder auf einen bestimmten, nicht lebenswichtigen Industrie- oder Berufszweig beschränkter Streik regelmäßig keine Gewalt gegenüber den Verfassungsorganen des Bundes darstellen wird, und zwar auch dann nicht, wenn sie dadurch zu einem bestimmten Verhalten veranlaßt werden sollen; denn "eine Zwangswirkung wird auf diese Weise nicht erzielt werden können".

Anders stehe es jedoch mit einem Massen- oder Generalstreik. In einem hochindustrialisierten Land, das nur bei einem reibungslosen Ineinandergreifen aller Einrichtungen und Betriebe die Versorgung der Bevölkerung mit allen lebensnotwendigen Gütern

---

58) BGH, a.a.O., S. 103.

und Diensten gewährleisten könne, führe eine längerdauernde, umfangreichere Stillegung dieses komplizierten Mechanismus zwangsläufig zu einer Lähmung des gesamten öffentlichen und wirtschaftlichen Lebens und zu chaotischen Zuständen. Werden dadurch in der Bevölkerung Unruhe, Angst und Empörung hervorgerufen, dann könne der Fall eintreten, daß Regierung und Volksvertretung sich nicht mehr als Herr der Lage fühlen und sich daher gezwungen sehen, vor den gegen sie ankämpfenden gegnerischen Kräften zu kapitulieren. Daß dies die Folge einer Zwangswirkung wäre, könne nicht ernstlich bezweifelt werden.

Wie ist diese Diskrepanz zwischen der eben dargestellten Auffassung des BGH (deren materielle Gerechtigkeit auf Anhieb wohl einleuchtet) und der lapidaren, eingangs erwähnten Feststellung Nieses, beim ordnungsgemäß geführten Streik scheide Gewalt aus, zu erklären[59)]?

b) Die Antwort darauf hat der BGH selbst gegeben, indem er sich, wie eben zitiert, auf die Entwicklung beruft, "die der Begriff der Gewalt allgemein in Schrifttum und Rechtsprechung genommen hat". Diese Entwicklung des Gewaltbegriffes dürfte zwar hinlänglich bekannt sein; ich halte es dennoch für nützlich, zum besseren Verständnis der Problematik diese Entwicklung in groben Zügen in Erinnerung zu bringen.

Der Begriff der Gewalt im Sinne der Freiheitsdelikte bezeichnet wie der der Drohung und der List zunächst ein bestimmtes Mittel zur Einwirkung auf das Verhalten anderer. Die übliche Definition der Gewalt lautet daher: Gewalt ist die zur Überwin-

---

59) Daß die vom BGH selbst vorgenommene Beschränkung auf den Massen- und Generalstreik nicht entscheidend ist, ergibt sich sofort daraus, daß der BGH ja die Frage der Gewalt im Rahmen des früheren § 80 StGB zu entscheiden hatte, es also auf die Zwangswirkung im Hinblick auf die genannten Bundesorgane ankam, wo ein "gewöhnlicher" Streik eben im allgemeinen nicht ausreicht, um insoweit Gewalt anzunehmen. Der gesamte Gedankengang, insbesondere der Hinweis, daß es für die Frage, ob Gewalt vorliege oder nicht, u.a. darauf ankomme, auf wen durch den Streik eingewirkt werden solle, läßt jedoch keinen Zweifel, daß bei einem gewöhnlichen ("ordnungsgemäß geführten Streik" im Sinne Nieses) Streik der BGH durchaus auch Gewalt annehmen würde im Hinblick auf andere Beteiligte (als Bundesorgane), z.B. die bestreikten Arbeitgeber, sofern nur die entsprechende Zwangswirkung festgestellt werden kann.

Im gleichen Sinne Blei, JA 1970, 142: "Schließlich wäre nach der Argumentation des BGH jeder Streik wegen der ihm zukommenden Zwangswirkung gegenüber den Arbeitgebern Gewalt."

Ebenso sieht Geilen, Festschrift für H. Mayer, 1966, S. 447, diese Konsequenz.

dung eines Widerstandes entfaltete physische Kraft.[60] Diese könne sowohl gegen Personen wie auch gegen Sachen angewandt werden, jedoch sei bei der Gewalt gegen Sachen erforderlich, daß sie dem zu Nötigenden physisch spürbar geworden sei.

Obwohl diese Definition von Rechtsprechung und Lehre nie eigentlich aufgegeben worden ist, ist von ihr praktisch nicht mehr sehr viel übrig geblieben. Die "Entwicklung" des strafrechtlichen Gewaltbegriffs hat sich dabei im wesentlichen in drei Phasen vollzogen.[61]

aa) Die erste Phase - von der Rechtsprechung des RG beherrscht - steht zunächst noch ganz im Zeichen der eben gegebenen Definition der Gewalt, nämlich als "Anwendung körperlicher Kraft zur Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstandes".[62] Gewalt war somit der physisch vermittelte Zwang, wobei die "Körperlichkeit des Zwanges" nach dem Angriffsverhalten des Täters, nicht nach der Auswirkung auf das Opfer bestimmt wurde. Folgerichtig wertete das RG die Anwendung betäubender Mittel nicht als Gewalt, wenn die Mittel dem Opfer gewaltlos beigebracht wurden.[63] Wer also einen Schlafenden mit einem Narkotikum betäubte, beging danach keine Nötigung mit Gewalt.

Neben Urteilen des RG, die ganz auf dem Boden der Formel "Gewalt als Entfaltung körperlicher Kraft" standen, finden sich aber bereits zahlreiche andere Entscheidungen, die zwar diese Formel nicht ausdrücklich aufgaben, in der Sache jedoch bereits eine Weiterentwicklung dahingehend darstellten, daß nunmehr nicht entscheidend auf die Entfaltung körperlicher Kraft durch den Täter abgestellt wurde, sondern auf die körperliche Wirkung des Zwanges beim Opfer: So etwa beim Einsperren eines anderen durch Abschließen der Tür.[64] Dem Erfordernis der Aufwendung von Körperkraft beim Täter sollte durch die zum Umdrehen des Schlüssels erforderliche geringe Kraftentfaltung genügt sein, während maßgeblich auf die "mittelbare Auswirkung" des Zwangsmittels Ein-

---

60) Siehe z.B. Bockelmann, BT/2, S. 103; Schönke-Schröder, Rdn. 6 f. Vorbem. §§ 234 ff.,m.w. Nachw.

61) Arzt, BT, LH 1, S. 188 ff.; Blei, JA 1970, 19, 77; Krey, BT 1, S. 97 f. und JuS 1974, 418; Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, BT, Rdn. 11 zu § 240; Schäfer, LK Rdn. 22 ff. zu § 240; Schönke-Schröder, a.a.O.

62) RGSt 64, 115; 56, 88.

63) RGSt 58, 98; 72, 349.

64) RGSt 13, 50; 27, 406; 73, 344.

schließen auf den Körper des Opfers abgestellt wurde. Ferner gehören hierher die "Schreckschußfälle", in denen die Abgabe von Schreckschüssen als Gewalt angesehen wurde.[65] "Sie (d.h. die Schreckschüsse, Anm. d. Verf.) wirken unmittelbar auf seine (des Opfers, Anm. d. Verf.) Sinne (Gesicht, Gehör, Geruch) ein, versetzen ihn in Verbindung hiermit in einen Zustand starker Nervenerregung und beeinflussen sein ganzes körperliches Befinden und damit auch die körperlichen Voraussetzungen der Freiheit seiner Willensentschließungen oder seiner Willensbetätigung in hohem Maße."[66] Das Erfordernis der "Aufwendung körperlicher Kraft beim Täter" - Betätigung des Abzugbügels - reduzierte sich also offenbar auf eine Kraftentfaltung, die für jedes Handeln überhaupt erforderlich ist.

Kurz zusammengefaßt erforderte nach der "klassischen Definition" des RG Gewalt die Aufwendung körperlicher Kraft seitens des Täters, während das Gericht tatsächlich in einer Reihe von Urteilen auf die Auswirkung des Zwanges auf den Körper des Opfers abstellte.

bb) Als Beginn der zweiten Phase wird allgemein die frühe BGH-Entscheidung BGHSt 1, 145 angesehen[67], in der nun in einer theoretisch klar formulierten Konzeption deutlich ausgesprochen wird, daß es für den Gewaltbegriff allein auf die körperliche Zwangswirkung beim Opfer ankomme. "Gewalt wird auch dadurch geübt, daß der Täter das Opfer durch ein ohne Gewaltanwendung beigebrachtes Betäubungsmittel seiner Widerstandskraft beraubt (Chloraethyl)." hatte der BGH damals entschieden. Zur Begründung führte der BGH aus[68]: "Entscheidend nach dem Zwecke der Strafdrohungen der §§ 249 ff. StGB muß vielmehr sein, ob der Täter durch körperliche Handlung die Ursache dafür setzt, daß der wirkliche oder erwartete Widerstand des Angegriffenen durch ein unmittelbar auf dessen Körper einwirkendes Mittel gebrochen oder verhindert wird, gleichviel, ob der Täter dazu größere oder nur geringere Körperkraft braucht. Vom Opfer her gesehen ist die rasch lähmende Wirkung eines Betäubungsmittels

---

65) RGSt 60, 158; 64, 116; 66, 355.

66) RGSt 60, 158.

67) Blei, JA 1970, 22; Krey, JuS 1974, 419.

68) BGH, a.a.O., S. 147.

ebenso eine körperliche Überwindung oder Verhinderung des Widerstandes wie etwa ein betäubender Schlag oder anderer Körperzwang, dessen Eigenschaft als Gewaltanwendung nicht bezweifelt wird. Auch eine mechanische Körperverletzung wird die den Widerstand brechende Wirkung - auf die es hier allein ankommt - häufig nicht durch Verletzungen, sondern durch eine Lähmung im Nervensystem ausüben. Wird die den Widerstand brechende Lähmung durch ein Betäubungsmittel herbeigeführt, dann ist es für die strafrechtliche Beurteilung unwesentlich, welches Maß körperlicher Betätigung der Täter zur Beibringung des Betäubungsmittels aufwenden muß..." Dabei konnte sich der BGH darauf berufen, daß das Schrifttum weitgehend und zum Teil seit langem diese Ansicht vertritt.[69]

An der Schwelle zur dritten Phase steht schließlich die eingangs bereits zitierte BGH-Entscheidung, BGHSt 8, 102 (Massen- und Generalstreik als Gewalt), wenn nach der bereits in BGHSt 1, 145 erfolgten Aufgabe besonderer Anforderungen an die Mittel der Einwirkungen allein auf die Zwangswirkung des Vorgehens abgestellt wird, ohne daß dem bisher noch festgehaltenen Erfordernis der (zwingenden) körperlichen Einwirkung noch irgendwelche Aufmerksamkeit geschenkt wird.

Es seien hier nur die entscheidenden Sätze noch einmal kurz wiederholt[70]: "Es sollte also auf diese Verfassungsorgane in einer Weise eingewirkt werden, die ihre weitere Tätigkeit unmöglich machte. Dazu war die Anwendung von Körperkraft in irgendeiner Form gegen ihre Mitglieder weder das erforderliche noch das geeignete Mittel. Vorstellungen solcher Art gehören einer vergangenen Zeit an; die Gegenwart kennt andere und nicht minder wirksame Methoden des gewaltsamen Umsturzes. Eine Auslegung, die für den Begriff der Gewalt im Sinne des § 80 StGB körperliche Kraftentfaltung fordert, würde also die praktische Bedeutung der Vorschrift weitgehend entwerten. Entscheidend kann nur die Zwangswirkung sein... ob eine der körperlichen Kraftentfaltung vergleichbare Wirkung erstrebt und erzielt werden soll, wird

---

69) BGHSt 1, 145 (148).

70) BGHSt 8, 103 f.

von der Art und dem Umfang des Streiks wie davon abhängen, auf wen durch ihn eingewirkt werden soll."[71]

cc) Die dritte Phase schließlich ist dadurch gekennzeichnet, daß auch die Einwirkung auf den Körper jede Bedeutung verliert und allein noch auf die - wie immer auch ausgelöste - Zwangswirkung abgestellt wird. Der "Kunstgriff"[72], mit dem dies bewerkstelligt wurde, bestand darin, daß in einer Reihe von Fällen Nervosität und andere psychosomatische Nebenwirkungen beim Opfer als für das Merkmal der körperlichen Zwangswirkung ausreichend angesehen wurden.

So entschied der BGH in einem Beschluß aus dem Jahre 1964[73], daß Nötigung mit Gewalt begeht, wer auf der Überholspur der Autobahn an seinen mit 105 km/h überholenden Vorgänger unter ständigem Hupen und Blinken bis auf 2 m heranfährt, um ihn von der Überholspur zu verdrängen und diese gefährlich bedrängende Fahrweise über mehrere Kilometer hin fortsetzt, so daß sich der Vorgänger schließlich gefährdet fühlt, fahrunsicher wird und deshalb nach rechts fährt.

Die Begründung führt zwar aus, daß für den Gewaltbegriff wesentlich die Zwangswirkung auf den "Körper des Genötigten" sei, es genügten dabei aber Einwirkungen auf sein Nervensystem. Bei dem geschilderten zu dichten Auffahren liege es nahe, daß ein durchschnittlicher Fahrer dadurch bedrängt "in Sorge und Furcht geraten und nervös und fahrunsicher werden" könne; daher liege in einem solchen Auffahren körperlich wirkender Zwang.

Die gleiche Argumentation liegt dem Urteil BGHSt 23, 127 zugrunde, das die Bedrohung mit einer Schußwaffe als Gewalt behandelte: Eine solche Bedrohung stelle unmittelbaren körperlichen Zwang dar, da sie unmittelbar auf die Sinne des Vergewaltigten einwirke, ihn hierdurch in einen Zustand starker seelischer Erregung versetze und so sein ganzes körperliches Befinden und damit auch die körperlichen Voraussetzungen der Willensentschließung beeinflusse.

---

71) Ausdrücklich zustimmend etwa Schönke-Schröder, Rdn. 11 Vorbem. §§ 234 ff.

72) So wörtlich Krey, JuS 1974, 420.

73) BGHSt19, 265.

Inzwischen hat der BGH und Teile des Schrifttums das Erfordernis, die Zwangswirkung der Gewalt müsse physischer Natur sein, völlig aufgegeben. In der Lehre hat sich insbesondere Knodel[74] in diesem Sinne ausgesprochen; ihm haben sich etwa Schönke-Schröder[75] und Maurach-Schroeder[76] angeschlossen.[77]

Knodel geht davon aus, daß nicht nur der physisch wirkende Zwang Gewalt sei, sondern auch der psychische Zwang. Vis absoluta[78] ist für Knodel daher "jedes Vorgehen, das bestimmt und

---

74) Knodel, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, 1962.

75) Rdn. 9 ff. Vorbem. §§ 234 ff.

76) Maurach-Schroeder, BT, Tb 1, S. 124 ff., insbesondere S. 126.

77) Ähnlich auch Preisendanz, Anm. 3a) zu § 240; Schäfer, LK Rdn. 22 ff. zu § 240.

78) Nach der heute herrschenden Auffassung (siehe dazu im einzelnen etwa Schönke-Schröder, Rdn. 9 ff. Vorbem. §§ 234 ff.) sind zwei Formen der Gewalt zu unterscheiden: vis absoluta und vis compulsiva. Die Gewalt in Form der vis absoluta wird im allgemeinen dadurch definiert, daß entweder die Willensbildung eines anderen unmöglich gemacht wird (Beispiel: Betäubung) oder daß es ihm absolut unmöglich gemacht wird, seinen vorhandenen Willen zu verwirklichen (Festhalten, Einsperren). Dabei ist es unerheblich, ob die Gewalt sich gegen Personen oder gegen Sachen richtet und ob - nach der bereits geschilderten Entwicklung des Gewaltbegriffs - zum Herbeiführen jeder Unmöglichkeit ein Kraftaufwand nötig war oder nicht. Schulbeispiele für absolute Gewalt gegen Sachen: Entfernen der Zündkerzen aus dem Auto oder Zerschneiden der Reifen, Zerstören eines Kahns, um das Verlassen einer Insel zu verhindern.

Dagegen zielt die andere Form der Gewalt, die vis compulsiva, darauf ab, den Willen des zu Nötigenden zu beugen. Sie will deshalb nicht unmittelbar physisch auf das äußere Verhalten, sondern psychisch auf den Willen einwirken, und zwar so, daß die Nachteile der Gewaltzufügung den anderen bestimmen, nach dem Willen des Täters zu handeln; Schulfall: Der Täter schlägt eine Frau solange, bis sie sich ihm hingibt ("Mürbemachen des Opfers").

Es ist heute allgemein anerkannt, daß auch die vis compulsiva Gewalt ist, obwohl in ihr auch ein Element der Drohung steckt (siehe etwa die Nachweise bei Schönke-Schröder, Rdn. 10, a.a.O.). Die gerade durch die dargelegte Ausweitung des Gewaltbegriffs auch auf psychische Zwangswirkungen beim Opfer nicht mehr einfach zu findende Abgrenzung zwischen Gewalt und Drohung wollen Schönke-Schröder (Rdn. 26a Vorbem. §§ 234 ff.; ähnlich: Wessels, BT 1, S. 44) danach vornehmen, daß zwar sowohl bei Gewalt als auch bei Drohung die Zwangswirkung eine gegenwärtige ist, das angedrohte Übel jedoch bei Drohung lediglich in Aussicht gestellt, bei Gewalt hingegen bereits gegenwärtig ist. Zur Problematik dieser Abgrenzung siehe unten S. 74.

Nach überwiegender Auffassung reicht auch bei vis compulsiva Gewalt gegen Sachen aus, sofern sie zu einer spürbaren physischen Wirkung beim Genötigten führt (a.A. Schönke-Schröder, Rdn. 10 ff., a.a.O.: Jede Gewalt gegen Sachen reicht aus).

geeignet ist,einen tatsächlich geleisteten oder als bevorstehend erwarteten Widerstand des zu Nötigenden dadurch zu überwinden, daß ihm ohne sein Einverständnis die Willensbildung oder Willensbetätigung unmöglich gemacht wird."[79] Damit nimmt Knodel - da eine physische Zwangswirkung nicht gefordert wird - folgerichtig etwa in folgendem Fall Gewalt in Form der vis absoluta an : A will eine Autofahrt des B verhindern;er bewirkt daher durch List, daß C,der Fahrer des fahrunkundigen B,seinen Platz am Steuer verläßt.Hinsichtlich der vis compulsiva läßt Knodel jedes Verhalten genügen,das einen geleisteten oder erwarteten Widerstand dadurch überwinden soll,daß dem zu Nötigenden durch gegenwärtige Zufügung empfindlicher Übel die Freiheit der Willensentschließung genommen wird.[79]

Auch der BGH hat inzwischen seit dem sog. "Laepple-Urteil"[80] das Kriterium der Körperlichkeit der Zwangswirkung für den Gewaltbegriff aufgegeben.Es ging damals u.a. um die Frage,ob die Behinderung des Straßenbahnverkehrs durch "sit in" auf den Straßenbahnschienen eine Nötigung darstellt.Der BGH bejahte Nötigung mit Gewalt mit der Begründung,es liege zwar kein physischer,sondern nur psychischer Zwang vor;doch genüge für den Begriff der Gewalt auch psychischer Zwang,wenn er von einigem Gewicht sei.[81]

---

79) A.a.O.,S. 59.

80) BGHSt 23, 46 (54).

81) A.a.O.,S. 54. - Im einzelnen :"Die Studenten,die sich auf den Gleiskörper der Straßenbahn setzten oder stellten,um damit den Straßenbahnverkehr zu blockieren,nötigten die Führer der Straßenbahn mit Gewalt,ihre Fahrzeuge anzuhalten.Dieser Bewertung steht nicht entgegen,daß die Studenten die Straßenbahn nicht durch unmittelbaren Einsatz körperlicher Kräfte aufhielten,sondern nur mit geringem körperlichen Kraftaufwand einen psychisch determinierten Prozeß in Lauf setzten. Entscheidend ist hierbei,welches Gewicht der von ihnen ausgeübten psychischen Einwirkung zukam.Ob das Anbinden eines Hundes auf den Geleisen,um ein Beispiel der Verteidigung aufzugreifen,ausreichen würde,weil hier einem Weiterfahren nur psychische Hemmungen weit geringeren Gewichts entgegenwirken, kann dahinstehen.Stellt sich ein Mensch der Bahn auf den Schienen entgegen,so liegt darin die Ausübung eines Zwanges, der für den Fahrer sogar unwiderstehlich ist,denn er muß halten,weil er sonst einen Totschlag beginge."

Zum Abschluß der kurzen Darstellung der Entwicklung des Gewaltbegriffes sei zur Klarheit hervorgehoben,daß die genannten drei Phasen einander keineswegs historisch geradlinig ablösten. Blei[82] führt hierzu treffend aus : "Im historischen Längsschnitt zeigt sich vielmehr,daß einerseits hinter den für eine Phase charakteristischen Formulierungen schon Entscheidungen auftreten,die sachlich bereits auf einer weiteren Stufe der Entwicklung stehen,während andererseits gelegentlich selbst die weiteste Abwendung vom ursprünglichen Begriff noch mit Darlegungen erfolgt,die den Anschein erwecken,als werde hier nur der Gewaltbegriff in seiner ältesten Fassung richtig angewendet."

c) Im Ergebnis hat die geschilderte Entwicklung des Gewaltbegriffes auf der Tatbestandsebene letztlich jedenfalls zu einer bedenklichen Ausweitung geführt.Es soll zunächst auch nicht bestritten werden,daß es den Gerichten stets um materielle Gerechtigkeit im Einzelfall[83] ging.Ohne das Problem hier umfassend würdigen zu können,muß und soll doch im Rahmen der vorliegenden Arbeit kritisch untersucht werden,inwieweit die Ausweitung des Gewaltbegriffes in Rechtsprechung und Lehre im Hinblick auf den Streik sachangemessen und erforderlich erscheint bzw. ob der Gewaltbegriff für die Tendenz der Rechtsprechung,von dem Begriff der Gewalt als Kennzeichnung des Mittels der Einwirkung zur Berücksichtigung der Gewaltwirkung zu gelangen (Ausweitung des Gewaltbegriffes),überhaupt eine tragfähige Grundlage hergibt.[84]

aa) Ehe wir uns mit der Kritik der Entwicklung des Gewaltbegriffes im einzelnen befassen,seien noch kurz zwei interessante Ansätze erörtert,die beide versuchen,die Schwierigkeiten zu

---

82) Blei, Die Auflösung des strafrechtlichen Gewaltbegriffes, JA 1970, 77, mit Beispielen für das im Zitat Ausgeführte.

83) Schönke-Schröder, Rdn. 12 Vorbem. §§ 234 ff. : "... doch ist dies lediglich die Konsequenz aus einer Fülle von Urteilen, deren materielle Gerechtigkeit kaum bestritten werden kann."

84) Schönke-Schröder, Rdn. 8,a.a.O., halten dies selbst für fraglich,wiewohl sie diese Tendenz der Rechtsprechung uneingeschränkt billigen.
Ablehnend zu der Ausweitung des Gewaltbegriffes etwa Arzt, BT, LH 1, S. 190; Blei, BT, S. 66 f.; Bockelmann, BT/2, S. 104 f.; Krey, BT 1, S. 99 f.

vermeiden,die dadurch entstehen,daß die Rechtsprechung versucht, als strafwürdig angesehene Fälle unter den herkömmlichen Gewaltbegriff zu bringen,wobei zwangsläufig Diskrepanzen zwischen dem Wortlaut der Definition und dem sachlichen Ergebnis entstehen, die die Argumentation zuweilen gekünstelt erscheinen lassen.[85)]

aaa) Nach Calliess[86)] läßt sich ein strafrechtlicher Gewaltbegriff,der zu dogmatisch wie kriminalpolitisch adäquaten Problemlösungen führt,weder von der Position des weiten, noch von der des engen Gewaltbegriffes her gewinnen; "denn sowohl der vorwiegend an der Körperlichkeit festgemachte Gewaltbegriff als auch der als Fähigkeit zur Selbstbestimmung konzipierte Freiheitsbegriff sind substantiell,nicht funktional gedacht...Eine alternative und weiterführende Definition des Gewaltbegriffs ist dagegen allein zu gewinnen aus einer am positiven Strafrecht ausgerichteten strafrechtsdogmatischen Grundlagenreflexion auf das Problem der Gewalt im Systemzusammenhang der Straftatbestände insgesamt."[87)] Calliess stellt dem "strukturellen"[88)] den "interpersonellen" als den eigentlich strafrechtsrelevanten Gewaltbegriff gegenüber : "Er meint die allein auf einer physischen Interrelation basierende Darstellung und Durchsetzung von Erwartungen."[89)] Calliess meint nun weiter, daß die Pönalisierung von Gewalt nur dann einen Sinn habe,wenn die Gewalt als interpersonelle Beziehung begriffen werde,die wegen ihrer primär physischen Vermittlung die Interaktion in strukturellen Zusammenhängen gefährde.Alle anderen sozialen Zwänge und pönalisierten operativen Medien bewirkten diese Gefährdung nicht; nur

---

85) Siehe dazu schon Fußnote 82) und das Zitat Bleis. Insbesondere dürfte dies für die Fälle gelten,in denen primär psychische Einwirkungen (zu dichtes Auffahren auf den Vordermann auf der Autobahn; Vorhalten einer geladenen Pistole usw.) in physische "umgedeutet" werden,um der herkömmlichen Gewaltdefinition noch "die Reverenz zu erweisen".
Auch Schönke-Schröder, Rdn. 8, a.a.O.,die die Entwicklung des Gewaltbegriffes insgesamt billigen,räumen ein, daß der Gewaltbegriff dadurch überstrapaziert wird : "Diese Verwirrung (in den Kriterien des Gewaltbegriffes, Anm. d. Verf.) beruht darauf,daß ein verbindlicher Gewaltbegriff als Richtschnur für die Entscheidung nicht mehr besteht.Er ist auch kaum wieder zu gewinnen,da der Begriff der Gewalt letztlich nicht geeignet ist,alle von der Rspr. als strafwürdig angesehenen Fälle des Zwanges,die nicht Drohung oder List sind, in sich aufzunehmen."

86) Calliess, Der Begriff der Gewalt im Systemzusammenhang der Straftatbestände, 1974.

87) A.a.O., S. 12.

88) Siehe dazu a.a.O., S. 12 ff.

89) A.a.O., S.13.

die Anwendung physischer Gewalt bilde eine Ausnahme : "Sie gefährdet wegen ihres universellen Verwendungscharakters und der unmittelbar motivierenden Wirkung jede Strukturiertheit von Sozialbeziehungen überhaupt..."[90]

Der entscheidende Ansatz von Calliess liegt nun darin,daß er darlegt,daß Gewalt interpersonelle Beziehung ist. Das bedeutet zum einen ("interpersonell"), daß der Gewaltbegriff "weder allein vom Täter, noch allein vom Verletzten,also weder vom Merkmal der körperlichen Kraftentfaltung auf seiten des Täters, noch allein vom Merkmal der körperlichen Einwirkung beim Opfer her zu bestimmen" [91] ist, zum anderen ("Beziehung"), daß Gewalt "sich nicht beschreiben läßt durch quasi dingliche Substrate im Rückgriff auf die Merkmale der Körperlichkeit oder der zwingenden Wirkung", sondern "nur verstanden werden" kann "als rechtlich qualifizierte Sozialbeziehung,vermittelt durch das Merkmal der Physis,der Körperlichkeit des Menschen".[91]

Gerade die "Problemfälle" kann Calliess damit zwanglos einordnen : "Wenn aber...das entscheidende Kriterium für die Bestimmung des Begriffs der Gewalt im Strafrecht nicht in erfolgten Körpereinwirkungen oder Zwangswirkungen überhaupt, sondern allein in der Herstellung einer Situation der primär physisch vermittelten sozialen Interaktion zu finden ist, dann lassen sich - nun ohne dogmatische Inkonsistenzen - nicht nur die aktuelle Gewalttätigkeit,sondern ebenso auch jene Fallgruppen dem Gewaltbegriff subsumieren, die sich als Situationen potentieller Gewalttätigkeit darstellen und die durch eine gegenwärtige Gefahr der Verletzung körperlicher Integrität gekennzeichnet sind. Denn für die Bestimmung des Sinns einer sozialen Situation ist es ohne Belang, ob eine Verletzung von körperlicher Integrität tatsächlich stattgefunden hat oder nicht. Ausschlaggebend ist allein, ob die Interaktionssituation durch das operative Medium physischer Gewaltsamkeit definiert ist. Das Vorhalten einer Pistole, das Zufahren auf Fußgänger oder Polizeibeamte und das zu

---

90) A.a.O., S. 14.

91) A.a.O., S. 16.

dichte Auffahren auf der Autobahn mit einem Kraftfahrzeug schaffen in strafrechtsrelevanten Sinnzusammenhängen eine Situation, die nicht zuletzt auch deshalb als Gewalt angesehen werden muß, weil infolge der Unübersehbarkeit wie auch Eigengesetzlichkeit der in ihr ausgelösten psycho-sozialen, biologischen wie auch technischen Mechanismen nicht mehr vom Täter allein kontrolliert werden kann, ob es zur Verletzung der körperlichen Integrität kommt oder nicht. Die vom Täter geschaffene Bedrohung stellt eine konkret-gegenwärtige Gefahrenlage her, die schon vom Handlungsablauf her als der Anfang der Ausführung einer Gewalttätigkeit verstanden werden kann und die aufgrund nicht mehr voll übersehbarer und beherrschbarer Faktoren jederzeit die Extrapolation zur Gewalttätigkeit in sich schließt."[92)]

Calliess gelangt damit schließlich zu folgender Definition der Gewalt : "Gewalt ist zu verstehen als die Herstellung einer primär auf aggressiv-physischer Vermittlung beruhenden sozialen Interaktionssituation,die als Gewalttätigkeit oder als Bedrohung mit Gewalttätigkeit beschrieben werden muß."[93)]

bbb) Bleibt die Frage, ob mit diesem Ansatz von Calliess in der Sache etwas gewonnen ist. Zunächst ist festzuhalten, daß im praktischen Ergebnis wohl kein Unterschied zwischen der Rechtsprechung und Lehre,soweit sie den "weiten Gewaltbegriff" vertritt, einerseits, und Calliess andererseits bestehen dürfte; denn gerade die "Problemfälle" der "dritten Phase" der Entwicklung des Gewaltbegriffs bezieht Calliess ausdrücklich in seinen Gewaltbegriff ein, indem er sie als "Bedrohung mit Gewalttätigkeit" auffaßt[94)](Vorhalten einer Pistole, zu dichtes Auffahren usw.). Eine Möglichkeit, einer zu befürchtenden Ausuferung des Gewaltbegriffes auf dogmatisch klarer Grundlage entgegenzutreten, bietet die Calliess'sche Definition jedenfalls nicht. Die Bedenken, vor allem in rechtsstaatlicher Hinsicht, die von den Kritikern des "weiten Gewaltbegriffs"[95)]vorgebracht werden, können somit aus dieser De-

---

92) A.a.O., S. 31 f.

93) A.a.O., S. 33.

94) A.a.O., S. 32.

95) Siehe beispielsweise Geilen, Neue Entwicklungen beim strafrechtlichen Gewaltbegriff, Festschrift für H.Mayer, S. 445; Eser, Strafrecht IV, Nr. 8, Nr. 6 ff., Nr. 22; Krey, JuS 1974, 418 ff.

finition keinen Ansatzpunkt gewinnen.[96]

Eines allerdings - und das wurde oben bereits angedeutet - leistet die Calliess'sche Definition, nämlich eine dogmatisch-begrifflich saubere Einordnung der von Calliess (und der Rechtsprechung und den übrigen Vertretern des "weiten Gewaltbegriffs") für strafbar erachteten Fälle, indem er den Gewaltbegriff nicht "substantiell", sondern "funktional" definiert, als "physisch vermittelte Interaktionssituation", die Gewalttätigkeit oder Bedrohung mit Gewalttätigkeit ist. Aber es darf freilich nicht übersehen werden, daß diese dogmatisch saubere Einordnung nicht eigentlich durch die von Calliess vertretene "funktionale" Auffassung der Gewalt als "Interaktionssituation" bewerkstelligt wird, sondern vielmehr dadurch, daß Calliess als Gewalt auch definiert die (bloße) "Bedrohung mit Gewalttätigkeit", ohne hierfür letztlich eine dogmatisch zwingende Begründung zu geben. Das Argument, die oben angeführten "Problemfälle" (Vorhalten einer Pistole usw. als Gewalt) müßten "nicht zuletzt auch deshalb als Gewalt angesehen werden, weil infolge der Unübersehbarkeit wie auch Eigengesetzlichkeit der in ihr ausgelösten psycho-sozialen, biologischen wie auch technischen Mechanismen nicht mehr vom Täter allein kontrolliert werden kann, ob es zur Verletzung der körperlichen Integrität kommt oder nicht"[97], dieses Argument beruht, genau besehen, auf rein kriminalpolitischen Erwägungen, nicht aber auf einer auslegungswissenschaftlich zwingenden Ableitung; daß als "Gewalt" auch "Bedrohung mit Gewalttätigkeit" aufzufassen sei, mag kriminalpolitisch aus den von Calliess genannten Gesichtspunkten der Gefährdung wünschenswert sein, aus dem allgemeinen Sprachgebrauch ergibt sich diese Definition indessen nicht - ja ohne die Begründung für diese Definition zu kennen, könnte man sie fast als Widerspruch in sich auffassen (Gewalt ist...auch Bedrohung mit Gewalttätigkeit) - und Calliess gibt auch keine auslegungswissenschaftlich zwingenden Argumente für den "kühnen Sprung", in einen

---

96) Insofern macht Calliess den Vertretern des "engen Gewaltbegriffs" zu Unrecht den Vorwurf, der Grund dafür,daß ihre Kritik des "weiten Gewaltbegriffs" die Rechtsprechung nicht zu beeinflussen vermöge, liege vor allem darin,daß sie den gleichen falschen Ansatzpunkt wählten, da sie beide Gewalt "physisch-substantiell" und nicht "physisch-funktionell" auffaßten.Auch die Calliess'sche Definition, das hat sich gezeigt, bringt eben keinen dogmatisch sauberen Ansatzpunkt für eine Kritik des "weiten Gewaltbegriffs", sondern begründet das praktische Ergebnis des "weiten Gewaltbegriffs" nur anders,dogmatisch möglicherweise sauberer.

97) A.a.O., S. 32.

Begriff ("Gewalt") , der zunächst sicher einmal eine "Verletzungssituation" beschreiben soll, auch die dieser vorgelagerte "Gefährdungssituation" miteinzubeziehen. Hier liegt doch gerade das (weiter unten noch zu erörternde) Problem der Garantiefunktion der Straftatbestände ("nullum crimen sine lege stricta et scripta") : darf der Richter diese "Gefährdungsfälle" noch im Wege auslegungswissenschaftlicher Argumentation der gegebenen Norm unterstellen oder überschreitet er damit seine Kompetenzen, und müßte nicht - ein kriminalpolitisches Bedürfnis einmal unterstellt - vielmehr der Gesetzgeber regelnd eingreifen ?[98)]

Damit kann auch die Definition von Calliess letztlich weder als Ansatzpunkt für eine Kritik des von der Rechtsprechung vertretenen Gewaltbegriffs dienen, noch aber auch als dogmatische Stütze dafür. Wenn man weiter in Erwägung zieht, welche neuen Abgrenzungsprobleme die Calliess'sche Formel[99)] (insbesondere die Begriffe Gewalttätigkeit und Bedrohung mit Gewalttätigkeit) mit Sicherheit nach sich zieht,scheint mir der von der Rechtsprechung zuletzt ausgesprochene Grundsatz[100)], für den Begriff der Gewalt genüge auch psychischer Zwang von einigem Gewicht, noch klarer. Mit diesem Grundsatz gelingt es übrigens nun auch der Rechtsprechung ebenso leicht wie Calliess, alle als strafbar erachteten "Problemfälle" ohne gekünstelte Argumentation dem Gewaltbegriff zu unterstellen.[101)] Und eines sei noch kurz, aber klar gesagt :

---

98) Auch Schönke-Schröder,Rdn. 8, a.a.O., die den "weiten Gewaltbegriff" billigen, sind sich dieses Problems bewußt und halten eine gesetzliche Regelung für wünschenswert.

99) Vgl. oben S.59 und Fußnote 93).

100) BGHSt 23, 54 (Laepple-Urteil); siehe oben S. 55.

101) Damit ist nicht über die sachliche Richtigkeit dieses Grundsatzes entschieden. Wenn man nur den "Sprung wagt" zu sagen, auch psychischer Zwang von einigem Gewicht stelle Gewalt dar, erübrigt sich eo ipso die frühere gekünstelte "Umdeutung" psychosomatischer Wirkungen in solche physischer Art. - Bei Calliess sieht dieser "Sprung", wie dargelegt, so aus, daß er in den Gewaltbegriff auch die "Bedrohung mit Gewalttätigkeit" einbezieht.

dem Problem für die Rechtsprechung anzugeben, wann "psychischer Zwang von einigem Gewicht" vorliege, steht - geradezu spiegelbildlich - das Problem für Calliess gegenüber, die näheren Voraussetzungen anzugeben, unter denen eine"Bedrohung mit Gewalttätigkeit" anzunehmen sei. Als Beispiel sei der Fall des zu dichten Auffahrens eines Autofahrers auf den Vordermann unter ständigem Blinken usw. herausgegriffen : sicher für die Rechtsprechung im Einzelfall nicht einfach anzugeben, wann und bei welcher Intensität ein "genügender psychischer Zwang" bei dem Genötigten vorliegt, aber das Problem ist für Calliess nicht leichter; denn auch er muß ja dartun, ab welchem Stadium der Bedrohung ein Umschlag in die aktuelle Verletzung derart wahrscheinlich wird, daß diese Bedrohung dem Nötiger als Gewaltanwendung zurechenbar wird.

bb) Die zweite vorhin erwähnte Arbeit, die sich außerhalb der üblichen Formeln und Begriffsbildungen mit dem Gewaltbegriff in jüngster Zeit eingehend befaßt hat, stammt von Haffke.[102]

aaa) Sprachlich sei es ohne weiteres möglich, meint Haffke[103], "Gewalt" als "absichtliche Vereitelung einer Willensbetätigung" zu definieren, so wie es andererseits auch möglich wäre, unter "Gewalt" die "Entfaltung körperlicher Kraft zur Überwindung eines Widerstandes"zu verstehen. Welche Definition "richtig" sei, lasse sich nur anhand normativer Kriterien ermitteln. Dabei legt Haffke zu Recht seinen Überlegungen den Umstand zugrunde, daß nach der Rechtsprechung des BGH - wie Haffke aus der historischen Entwicklung der Vorschrift nachweist, zu Recht - die Gewaltanwendung praktisch indiziell für die Verwerflichkeit der Nötigung im Sinne des § 240 II StGB ist.[104] Demgemäß "muß es das Ziel der Auslegung sein, den Gewaltbegriff (wieder) so zu präzisieren, daß er die Rechtswidrigkeit zu indizieren vermag",[105] wobei es gelte, die Fehler der alten Gewaltdefinitionen zu vermeiden. Für Haffke be-

---

102) Haffke, Gewaltbegriff und Verwerflichkeitsklausel, ZStW 84, 37 ff.

103) A.a.O., S. 55.

104) In dem bereits zitierten "Laepple-Urteil" (Kölner Straßenbahnblockade) BGHSt 23, 46 (54 f.) : "Da aber die tatbestandliche Erweiterung,die zur jetzigen Fassung des § 240 StGB geführt hat, nur die Alternative der Drohung betraf und nur diese Erweiterung die Rechtswidrigkeitsklausel notwendig macht, ist die Gewaltanwendung praktisch indiziell für die Verwerflichkeit der Nötigung. Nur ausnahmsweise können besondere Umstände das Verwerflichkeitsurteil ausschließen."

105) A.a.O., S. 57.

deutet es praktisch, daß die im System der Freiheitsdelikte sachfremden Kriterien der "Entfaltung von körperlicher Kraft" und der "körperlichen Einwirkung" aufgegeben werden müssen, und er gelangt schließlich zu folgender Begriffsbestimmung[106]:

"Gewalt verübt,

a) wer dem zu Nötigenden ohne sein Einverständnis die Willensbildung unmöglich macht,

b) wer die Freiheit fremder Willensbetätigung durch Schaffen eines unüberwindlichen Widerstandes angreift,

c) wer auf die Freiheit fremder Willensentschließung dadurch Einfluß nimmt, daß er Beeinträchtigungen des Lebens, der Gesundheit, der Freiheit oder des Eigentums des Opfers bzw. ihm nahestehender Personen androht und bereits beginnt, diese Drohung zu realisieren.

Liegt Gewalt in diesem Sinne vor, so ist das Verhalten des Täters regelmäßig rechtswidrig."

Dabei sind zwei Punkte hervorzuheben :

1.) erfordert nach Haffke vis absoluta, wenn sie die Freiheit der Willensbetätigung betrifft, einen "Angriff" (oben b)); daran fehle es bei der Verfolgung"sozialüblicher originär-eigener Interessen".[107]

2.) faßt Haffke die vis compulsiva als Sonderfall der Drohung auf, bei der eben der Täter mit der Realisierung dieser Drohung bereits begonnen hat.

bbb) Es würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen, eine ins einzelne gehende Auseinandersetzung mit den sorgfältigen Überlegungen Haffkes liefern zu wollen. Es sei daher gestattet, nur kurz einige kritische Bedenken anzumelden.

Zunächst zeigt auch das methodische Vorgehen Haffkes, eine größere Anzahl von Einzelfällen bezüglich ihrer strafrechtlichen Qualifizierung zur Diskussion zu stellen[108], deutlich, daß der Gewaltbegriff in der Tat sich einer am allgemeinen Sprachverständnis orientierten, unmittelbar einsichtigen, einfachen und knappen Definition, welche dennoch alle Fälle juristisch befriedigend zu lösen vermag, zu entziehen scheint.[109] Erst aus der Beurteilung

---

106) A.a.O., S. 71.
107) A.A.O., S. 58 ff.
108) A.A.O., S. 51 ff.
109) Deshalb war auch die alte Formel von der Entfaltung körperlicher Kraft zu eng.

einer Vielzahl von Einzelfällen auf ihre strafrechtliche Relevanz hin wird dann das "normative Kriterium", das der Abgrenzung dienen soll, gewissermaßen "herausdestilliert". Für Haffke liegt dieses Kriterium u. a. darin, daß er für den Gewaltbegriff einen "Angriff" fordert, der nun wiederum bei der Verfolgung "sozialüblicher originär-eigener Interessen" fehle.

Nun ist gegen das aufgezeigte methodische Vorgehen Haffkes grundsätzlich nichts einzuwenden[110]; nur stellt sich meines Erachtens die Frage, ob das dann gewonnene Ergebnis noch durch "Parallelwertung in der Laiensphäre" nachvollzogen werden kann. Überspitzt formuliert : die gefundene Definition deckt zwar perfekt sämtliche vom Verfasser der Formel für strafrechtlich relevant gehaltenen Fälle und scheidet die nicht relevanten aus, aber es wird fraglich, ob nicht möglicherweise dann, wenn eine Formel sich vom "Trivialsinn" allzuweit entfernt, die Grenze überschritten ist, jenseits der nicht mehr der Gesetzes (-ausleger und) -anwender, sondern allein der Gesetzgeber bestimmen darf, was strafrechtlich relevant ist und was nicht.

Üblicherweise wird diese Grenze auch dahingehend formuliert, daß der "mögliche Wortsinn" des Gesetzes die Schranke bezeichne zwischen (erlaubter) Gesetzesauslegung und (verbotener) Rechtsfortbildung praeter legem zum Nachteil des Täters[111]. Nun könnte

---

110) Es wäre wohl weltfremd,annehmen zu wollen, man könne allein aus einem Begriff als solchem, sei es auch unter Zuhilfenahme sämtlicher Auslegungsregeln usw., sein Wesen und seine Bedeutung ableiten. Praktisch - ob bewußt oder nicht, eingestanden oder nicht - wird man immer die Konsequenz einer Auslegung auf die konkreten Einzelfälle oder Fallsituationen bedenken und bedenken müssen, um zu keinen lebensfernen Ergebnissen zu gelangen; dies läuft tatsächlich indessen meist so ab, daß von den gewünschten Ergebnissen her die Definition gefunden wird, nicht umgekehrt. Das Wesen der Definition besteht dann vor allem darin, eine "konsensfähige Formel" zu liefern, die Grundlage für wissenschaftliche Kritik und Argumentation sein kann. - Gerade die geschilderte Entwicklung der Rechtsprechung zum Gewaltbegriff ist ein eindrucksvolles Beispiel dafür, wie eine Definition vom gewünschten Ergebnis her gewonnen und weiterentwickelt wird.

111) Siehe hierzu etwa Engisch, Einführung in das juristische Denken, 7. Auflage 1977, S.82 f., 104 f.

man freilich einwenden, daß bei Haffke das geforderte normative Kriterium des "Angriffs" etwa ja tatbestandseinschränkende, nicht tatbestandsausdehnende Funktion habe. Dem ist aber folgendes entgegenzuhalten : zunächst läßt sich, stark verkürzt ausgedrückt, feststellen, daß Haffke im Grunde genommen (nämlich dadurch, daß ein "Angriff" in dem von ihm geforderten Sinne nicht vorliege, wenn "sozialübliche, originär-eigene Interessen" verfolgt werden) die Indizwirkung seiner Gewaltdefinition bezüglich der Rechtswidrigkeit nur dadurch bewerkstelligt, daß er in die Tatbestandsprüfung bereits eine der Definition des § 240 II StGB vergleichbare Prüfung einbaut. Warum dann nicht gleich im Wege der dem Täter günstigen Rechtsfortbildung den § 240 II StGB in vollem Umfange auch bei Nötigung durch Gewalt anwenden ?[112] Auch Haffke selbst deutet dies an[113] : "...so wird man aus der historischen Entwicklung in der Tat folgern können, daß die Rechtswidrigkeitsklausel des § 240 II nur die Drohungsalternative betraf. Daß damit die Auslegung nicht ihr Ende gefunden hat, ist eine andere Sache." und gibt Eilsberger[114] insoweit recht. Dies hätte den Vorteil, daß auf eine gesetzlich fixierte Definition mit der dazu vorhandenen Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen wird, anstatt einen neuen Begriff ("Angriff") einzuführen, der im Gesetz keinen ausdrücklichen Niederschlag gefunden hat und von dem auch sehr zweifelhaft sein dürfte, ob er sich aus dem auszulegenden Begriff ("Gewalt") so ohne weiteres und zwanglos (jedenfalls so wie Haffke ihn auslegt) ergibt.

Vor allem aber : meines Erachtens läßt sich bei dem von Haffke gefundenen Kriterium des "Angriffs" mit der einigermaßen komplizierten und der Auslegung neuen Spielraum gebenden Ausnahmeregelung ("Verfolgung sozialüblicher originär-eigener Interessen") überhaupt nicht auf Anhieb im vorhinein sagen, ob damit in jedem Falle ein für den Täter günstigeres Ergebnis erzielt wird im Vergleich zu der - hier vertretenen und weiter unten näher darzulegenden - an der "Trivialauffassung" des Gewaltbegriffs orientierten Auslegung, die eine gewisse physische Vermittlung des Zwangs bei Gewalt fordert. Dies hängt u.a. damit zusammen, daß teilweise faktische Kriterien ("physische Vermittlung des Zwangs") mit normativen

---

112) D.h. ohne die Einschränkung, daß die Gewaltanwendung "praktisch indiziell für die Rechtswidrigkeit" sei.

113) A.a.O., S. 45.

114) Eilsberger, JuS 1970, 167.

("Angriff" im Sinne Haffkes) zu vergleichen wären. Es sei nur hier schon angedeutet, daß der Gesetzgeber, sofern er nicht ausdrücklich oder doch ohne weiteres zu erschließen selbst eine Begriffsdefinition liefert, "im Zweifel" wohl von der "Trivialauffassung" ausgegangen sein dürfte und nicht von einer erst aufgrund komplizierter systemanalytischer usw. Überlegungen gefundenen, überwiegend normativ bestimmten Auffassung.

Im Grunde taucht hier unter anderem Aspekt das "alte Problem" der Tatbestandsgarantie auf, wie es auch die Rechtsprechung in den "Problemfällen" (Vorhalten einer Pistole, zu dichtes Auffahren usw.) aufgeworfen hat.

Da Haffke einerseits aus seiner Definition der Gewalt bewußt das herkömmliche Kriterium einer "physischen Vermittlung" des Zwanges herausnimmt, andererseits komplizierte, überwiegend normativ bestimmte und weitgehend auslegungsbedürftige (kein "Angriff", wenn "Verfolgung sozialüblicher,originär-eigener Interessen") Kriterien in seine Definition neu aufnimmt, läßt sich meines Erachtens nicht mehr mit der erforderlichen Sicherheit sagen, daß damit nicht - zumindest in einzelnen Teilbereichen - eine unzulässige Rechtsfortbildung praeter legem zuungunsten des Täters vorliegt.

Ohne die soeben genannten Bedenken im Rahmen dieser Arbeit vertiefen zu können, meine ich aber, daß ganz einfach auch praktische Bedenken gegen eine derart umfangreiche Definition bestehen müssen. Eine andere Frage ist, ob die von Haffke gefundene Definition aufgrund der ihr zugrundeliegenden systemanalytischen Überlegungen nicht vom Gesetzgeber ins Gesetz als positive Regelung übernommen werden könnte, ja müßte, um "die im System der Freiheitsdelikte sachfremden Kriterien der 'Entfaltung von körperlicher Kraft' und der 'körperlichen Einwirkung' "[115] zu überwinden. Dem könnte - ohne nähere Untersuchung an dieser Stelle - unter Umständen sogar zugestimmt werden; nur wäre dies aber dann eine Entscheidung des Gesetzgebers. Der strafrechtliche Grundsatz "nullum crimen sine lege stricta, scripta et praevia" verbietet ausnahmslos Tatbestandsausdehnungen zuungunsten des Täters, seien sie auch dogmatisch, systematisch und kriminalpolitisch noch so wünschenswert und erforderlich.

---

115) Haffke, a.a.O., S. 58.

cc) Nach dieser kurzen kritischen Würdigung der von Calliess und Haffke entwickelten Auffassungen zum strafrechtlichen Gewaltbegriff soll nunmehr untersucht werden, ob der Streik, wie etwa die Rechtsprechung des BGH[116] und Schönke-Schröder[117] es tun, tatsächlich als "Gewalt" im Sinne des § 240 StGB verstanden werden muß.

aaa) Die Frage ist nicht lediglich von akademischem Interesse, wie man zunächst vermuten könnte, wenn man bedenkt, daß jeder Streik ja, wie oben S. 47 ausgeführt, ohnehin die Alternative "Drohung mit einem empfindlichen Übel" erfüllt. So sei hier als Hauptargument nur darauf hingewiesen, daß weitenteils[118], und so auch der BGH[119], noch die Auffassung vertreten wird, die "Korrektivformel" des § 240 II StGB gelte uneingeschränkt nur bei der Tatbestandsalternative "Drohung mit einem empfindlichen Übel", nicht aber bei Nötigung durch "Gewalt".

Dagegen wenden sich mit Recht zahlreiche Stimmen in der Literatur[120]. Vor allem ist hier zu bedenken, daß gerade die vorhin aufgezeigte weite Ausdehnung des Gewaltbegriffes , die zunächst weder vom Gesetzgeber beabsichtigt, noch von der Rechtsprechung vertreten wurde, nunmehr als Korrektiv ebenfalls die Anwendung des § 240 II

---

116) BGHSt 8, 102; die Entscheidung betrifft zwar nur den Fall des Massen- und Generalstreiks, die Begründung läßt jedoch darauf schließen, daß auch der "gewöhnliche arbeitsrechtliche" Streik vom BGH als Gewalt angesehen wird. Siehe hierzu noch einmal oben S. 49 , insbesondere Fußnote 59.

117) Rdn. 11 Vorbem. §§ 234 ff.

118) Auch Haffke kommt, wie bereits erwähnt, in ZStW 84, 40 ff.,45, mit entwicklungshistorischer Begründung zu der vom BGH vertretenen Auffassung.

119) BGHSt 23, 55 : "Da aber die tatbestandliche Erweiterung, die zur jetzigen Fassung des § 240 geführt hat, nur die Alternative der Drohung betraf und nur diese Erweiterung die Rechtswidrigkeitsklausel notwendig macht, ist die Gewaltanwendung praktisch indiziell für die Verwerflichkeit der Nötigung. Nur ausnahmsweise können besondere Umstände das Verwerflichkeitsurteil ausschließen."

120) Siehe etwa Krey, BT 1, S. 105, und JuS 1974,423; Schäfer, LK Rdn. 59 zu § 240; Schönke-Schröder, Rdn. 15 a zu § 240. Inzidenter ablehnend auch : Arzt, BT,LH 1, S. 191; Blei, BT, S. 68.

auch bei Nötigung durch Gewalt fordert,[121] so wie seinerzeit die Ausdehnung der "Drohung mit einem Verbrechen oder Vergehen" auf die bloße "Drohung mit einem empfindlichen Übel" im Gesetz selbst die Schaffung des § 240 II erforderlich machte.[122]

Die Frage braucht hier nicht vertieft zu werden. Gerade wegen der Rechtsprechung des BGH aber, die die Nötigung mit Gewalt indiziell sein läßt für die Rechtswidrigkeit, kommt es entscheidend darauf an, ob die Behauptung, jeder Streik stelle "Gewalt" im Sinne des § 240 dar, aufrechterhalten werden kann.

bbb) Der Ausgangspunkt der Kritik an der vom BGH aufgestellten "Gleichung" Streik = Gewalt[123] liegt, das ergibt sich nach dem bisher Ausgeführten von selbst, im Begriff der Gewalt, wie er vom BGH in den vergangenen Jahren entwickelt worden ist.[124]

Gewalt ist - nach der hier vertretenen Auffassung - der physisch vermittelte Zwang im Gegensatz zur rein psychischen Zwangswirkung. Vis absoluta ist gekennzeichnet durch eine unüberwindliche körperliche Zwangswirkung; für vis compulsiva genügt, daß der Täter durch physisch vermittelten Zwang von nicht unerheblichem Gewicht auf die Willensbildung des Genötigten Einfluß nimmt.

Diese Kurzdefinitionen mögen zugegebenermaßen nicht eben neu sein. Die nachfolgenden Ausführungen werden indessen aufzeigen, daß es von den dogmatischen, aber auch ganz einfach den praktischen Ergebnissen her unhaltbar ist, von dem Merkmal des "physisch vermittelten Zwanges" abzugehen und darauf zu verzichten.

Faßt man auch den rein psychisch wirkenden Zwang als "Gewalt" auf, so setzt man sich damit über alle Vorstellungen hinweg, die nach dem allgemeinen Verständnis und Sprachgebrauch die "Gewalt" von der bloßen "Drohung" unterscheiden. Krey[125] hat zu Recht an das plastische Wort von Frank erinnert, daß es einen Unterschied mache, ob

---

121) So auch Dreher-Tröndle, Rdn. 8 zu § 240 : "Doch ist die Anwendung von Gewalt für die Rechtswidrigkeit indiziell...allerdings wird man für die Fälle, die im Grenzbereich des durch die Rechtsprechung stark erweiterten Gewaltbegriffes liegen, eine Ausnahme machen müssen." - Ebenso Schäfer, LK Rdn. 59 zu § 240; Preisendanz, Anm. 5 zu § 240 : "Diese Formulierung (jede Gewaltanwendung ist "praktisch indiziell für die Rechtswidrigkeit", Anm. d. Verf.)erscheint...zumindest dann bedenklich, wenn man der extensiven Interpretation des Gewaltbegriffs durch die neuere Rechtsprechung folgt."

122) Genauer hierzu unten S. 137 f.

123) So wörtlich Geilen, H.Mayer-Festschrift, S. 447.

ich jemandem Prügel nur in Aussicht stelle, oder sie ihn (solange er meinen Wünschen nicht nachgibt) wirklich "schmecken" lasse. Eine Auslegung aber, die den sprachlichen Bedeutungsbereich eines Rechtsbegriffs überschreitet, verstößt, sofern sie zu Lasten des Täters geschieht, gegen den Grundsatz "nullum crimen sine lege scripta et stricta", wie er letztlich in Art. 103 II GG auch verfassungsrechtlich ausdrücklich niedergelegt ist. Gesetzesauslegung wird zur verbotenen Rechtsfortbildung praeter legem zuungunsten des Täters, sobald der "mögliche Wortsinn" eines Begriffs verlassen ist.[126]

Der BGH hat dies selbst etwa in der Entscheidung BGHSt 22,235[127] meines Erachtens mustergültig demonstriert,und fast möchte man ihn bei seiner Rechtsprechung zur Gewalt an seine eigenen Worte erinnern. Der BGH führte damals aus : "Was das Gesetz unter einem gefährlichen Werkzeug versteht, wird in der Wissenschaft und der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. Die am Wortsinn des Wortes "Werkzeug" ausgerichtete engere Auffassung sieht als solches nur einen beweglichen Gegenstand an, der durch menschliche Kraft gegen einen Körper in Bewegung gesetzt werden kann, um ihn zu verletzen...Nach der weiteren Auffassung ist ein gefährliches Werkzeug jeder Gegenstand, der nach seiner Beschaffenheit und der Art seiner Verwendung im gegebenen Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen...Die engere Auffassung verdient den Vorzug. Das natürliche Sprachempfinden wehrt sich dagegen, eine feste Wand, den gewachsenen Boden oder einen Fels als 'Werkzeug' zu bezeichnen...Die neuere Rechtsprechung zeigt allerdings die Neigung, den sehr eng gefaßten Werkzeugbegriff des RG in

---

124) Die Subsumtion des Streiks unter diesen "weiten Gewaltbegriff" als solche dürfte jedenfalls in sich schlüssig sein.

125) A.a.O., S. 421.

126) Siehe hierzu schon oben S. 64 , ferner Engisch, a.a.O., S. 82 f., 104 f.

127) Der BGH hatte damals zu entscheiden, ob die Wand, gegen die der Täter den Kopf des Opfers gestoßen hatte, ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 223 a sei.

anderer Beziehung zu erweitern. So gelten heute chemisch wirkende Mittel oder ein auf den Menschen gehetzter Hund unbestritten als gefährliche Werkzeuge im Sinne des § 223 a. An der durch den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes gebotenen Grundauffassung, daß unbewegbare Gegenstände nicht zu den Werkzeugen in diesem Sinne gehören, ist jedoch bisher nicht gerüttelt worden. Allein der Umstand, daß eine weitere Auslegung dem Zweck der Strafschärfung vielleicht besser entsprechen würde, rechtfertigt es nicht, von der bisherigen Auffassung abzugehen..."

Baumann[128] wendet sich sogar gegen die h.L. im Strafrecht, die bei der Wortbedeutung als Grenze der Auslegung bis zu deren äußerster Grenze geht, also jede, auch die ganz entfernt mögliche Bedeutung noch zuläßt, und sieht vielmehr die "natürliche Wortbedeutung" als Auslegungsgrenze an. Wörtlich führt er aus : "Eine Rückbesinnung darauf, wer Adressat der Strafrechtsnormen ist, scheint mir zu dieser Einschränkung zu zwingen. Das Gesetz richtet sich nicht an Philologen und Richter, sondern an die Allgemeinheit. Die der Allgemeinheit noch verständliche oder zugängliche Wortbedeutung und nicht die ganz entfernt mögliche müßte demnach als Grenze in Betracht kommen. Leicht könnte man sonst die Normen des Strafrechts als unehrlich und die Strafrechtswissenschaft als eine unbegreifliche und dem Fremden verschlossene Geheimwissenschaft schelten. Es wäre des Strafgesetzes und der Strafrechtswissenschaft unwürdig und auch der Strafrechtsdurchsetzung abträglich, wenn wir bei den Rechtsunterworfenen in den Verdacht geraten würden, mit merkwürdigen Kunstgriffen oder gar faulen Tricks zu arbeiten." Und im Hinblick auf das meist sehr schnell parate Argument der "Einzelfallgerechtigkeit" fährt er fort : "Entscheidungen, die bis an die äußerste Grenze der Wortbedeutung gehen, die Begriffe in einer Richtung auslegen, die dem Tatbestand nur noch sehr gequält zu entnehmen ist, mögen im Einzelfall zur gerechten Bestrafung führen, für das Ganze gesehen sind sie dagegen schädlich."

Auf unseren Fall bezogen : nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist eben das bloße Inaussichtstellen physischer Übel lediglich eine Drohung als rein psychischer Zwang, mögen auch psychosomatische

128) Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 8.Auflage, S. 154 f.

Nebenwirkungen, wie Nervosität u.ä. beim Bedrohten auftreten.[129] Dagegen läßt sich auch nicht anführen, daß immerhin zwischen der Drohung und der Gewalt in Form der "vis compulsiva" ein innerer Zusammenhang dergestalt bestehe, daß beide Zwangsmittel den Nötigungserfolg nicht unmittelbar selbst herbeiführen, sondern erst auf dem Wege über eine abgenötigte Willensentschließung des Genötigten; denn dies bedeutet doch nur, daß auch die vis compulsiva Zwang auf die Willensbildung ausübt, also insoweit auch psychische Auswirkungen hat. Es besagt indessen nichts dagegen, Gewalt als "physisch vermittelten Zwang" zu verstehen, ja die aufgezeigte"Verwandtschaft" zwischen Drohung und vis compulsiva fordert geradezu ein unterscheidendes Kriterium, und dies liegt - in völliger Übereinstimmung mit der allgemeinen Vorstellung und dem allgemeinen Sprachgebrauch - eben darin, ob der (psychische) Zwang physisch vermittelt ist oder nicht. Noch einmal : es macht einen Unterschied, ob ich jemandem Prügel nur in Aussicht stelle oder sie ihn wirklich "schmecken" lasse ! Im ersteren Fall liegt nur Drohung als rein psychischer Zwang vor, im letzteren vis compulsiva als körperlich vermittelter psychischer Zwang.

ccc)Bleibt der Vorwurf, der hier vertretene Gewaltbegriff führe zu Strafbarkeitslücken in den Fällen, in denen der nötigende Zwang keine Drohung darstelle, mangels Körperlichkeit der Zwangswirkung aber auch nicht als Gewalt gewertet werden könne.[130] So sei beispielsweise der auch von Schönke-Schröder a.a.O. zitierte Schulfall[131]

---

129) Geilen, JZ 70, 527, weist zu Recht darauf hin, daß die Beeinträchtigung des Nervensystems und eine dadurch ausgelöste "körperlich fühlbare" Wirkung schon deshalb kein Charakteristikum der Gewalt sein können, weil auch bei der Drohung je nach dem konkreten Schweregrad ein solcher psychosomatischer Nebeneffekt nicht auszuschließen ist.
Ebenso : Bockelmann, BT/2, S. 104.

130) So etwa Schönke-Schröder, Rdn. 12 Vorbem. §§ 234 ff.

131) Ein weiterer Beispielsfall hierzu, in dem Schönke-Schröder ebenfalls Gewalt bejahen : Der Täter gießt Petroleum in den Brunnen seines Nachbarn, um diesem die Benutzung unmöglich zu machen.

erwähnt, in dem der Täter den Lieblingshund eines anderen vergiftet, weil er weiß, daß die Sorge um das Tier den anderen von der Durchführung einer geplanten Reise abhalten wird. Drohung liegt hier nicht vor, weil der Nachteil nicht in Aussicht gestellt, sondern bereits zugefügt ist, Gewalt ebenfalls nicht, wenn man körperlich vermittelten Zwang hierfür fordert und mit der h.M. nur solche Sachgewalt ausreichend sein läßt, die zu einer spürbaren physischen Wirkung beim Genötigten führt. Schönke-Schröder meinen dazu, es wäre wohl nicht einzusehen, warum eine psychische Wirkung des Übels bei der Drohung genügen sollte, nicht aber bei einer bereits geschaffenen Übelsituation,und damit eine Lücke zwischen Gewalt und Drohung vorhanden sein würde.

Hier jedoch, meine ich, sollte man nicht den rechten Blickwinkel für das Problem verlieren, so unbefriedigend diese Strafbarkeitslücken für den "systematisch" Denkenden auch sein mögen. Der Großteil der "Problemfälle", um die der Streit im Zusammenhang mit dem weiten Gewaltbegriff geht, fällt (und das nicht zuletzt wegen des Streits um die Anwendbarkeit des § 240 II auch auf die Gewaltalternative in § 240 I auch zu Recht !) ohnehin unter die Drohungsalternative des § 240 I. Als Beispiel nehme man nur den in dieser Arbeit zu untersuchenden Fall des Streiks[132], der ja, wie ausgeführt, stets die Drohungsalternative des § 240 I erfüllt. Die Fälle, in denen echte Strafbarkeitslücken entstehen, sind meist entweder fast konstruiert oder doch aufs ganze gesehen so selten bzw. fordern eine Strafbarkeit[133] doch wohl nicht so unabweislich, daß man alle die (im nachfolgenden noch darzulegenden) Nachteile dafür in Kauf nehmen sollte, die sich zwangsläufig im Verfolg des "weiten Gewaltbegriffes" ergeben. Davon aber abgesehen kann man nur mit Geilen[134] und Krey[135] daran erinnern, daß man - wie Art. 103 II GG es auch gebietet - "legitimerweise dem Gesetzgeber die Frage zur Entscheidung überlassen möge, ob Strafbar-

---

132) Es bedarf wohl keiner näheren Ausführung, daß die Fälle des Vorhaltens einer entsicherten Pistole usw. jedenfalls auch die Drohungsalternative erfüllen.

133) So geht der Täter in dem oben zitierten Schulfall jedenfalls nicht völlig straflos aus, was sicher unverständlich wäre, sondern er ist wegen Sachbeschädigung, § 303 StGB, strafbar.

134) A.A.O., S. 529.

135) A.A.O., S. 421.

keitslücken bestehen und wie sie zu schließen sind !"[136]

Dies muß auch uneingeschränkt für die Fälle gelten, in denen nach Ansicht des Gerichts "die praktische Bedeutung einer Vorschrift weitgehend entwertet würde".[137] Die Gesetzgebungsorgane sollten in einer funktionierenden Demokratie selbst in der Lage sein, derartige Mängel zu erkennen und zu beheben.

ddd) Der "weite Gewaltbegriff" bringt indessen noch eine Reihe weiterer unübersehbarer Nachteile und Unstimmigkeiten mit sich. Läßt man nämlich auch die psychische Zwangswirkung von einigem Gewicht für den Gewaltbegriff ausreichend sein, so ist eine sinnvolle Unterscheidung zwischen der "Drohung mit einem empfindlichen Übel" und der "vis compulsiva" nicht mehr möglich.[138] Auch die von Schönke-Schröder[139] und Knodel[140] vorgeschlagene Abgrenzung zwischen Gewalt und Drohung danach, daß zwar bei beiden die Zwangswirkung eine gegenwärtige sei, das angedrohte Übel jedoch bei der Drohung lediglich in

---

136) Fast kuriositätshalber sei noch ein Zitat aus RGSt 64, 113(116 f.) angefügt : "Würde man dem Begriff der Gewalt die von der Staatsanwaltschaft gewünschte Ausdehnung geben, so würde sich der Unterschied zwischen Gewalt und Drohung, der dem Strafgesetzbuch zugrundeliegt, ganz verwischen, und das könnte dazu führen, daß unter dem Begriff der Gewaltanwendung auch seelische Beeinflussungen der Willensfreiheit allgemein strafbar würden,obwohl das Gesetz nicht allgemein die Freiheit der Willensentschließung oder Willensbetätigung schützt, vielmehr nur die Beeinflußung durch Gewalt und ganz bestimmte schwere Formen der seelischen Einwirkung unter Strafe stellt."

137) So hatte der BGH in der bereits mehrfach zitierten Entscheidung BGHSt 8, 102 darauf hingewiesen, daß die Anwendung von Körperkraft in irgendeiner Form gegen die Mitglieder der Bundesregierung bzw. des Bundestages weder das erforderliche noch das geeignete Mittel gewesen seien. "Vorstellungen solcher Art gehören einer vergangenen Zeit an, die Gegenwart kennt andere und nicht minder wirksame Methoden des gewaltsamen Umsturzes. Eine Auslegung, die für den Begriff des Gewalt i.S.d. § 80 körperliche Kraftentfaltung fordert, würde also die praktische Bedeutung der Vorschrift weitgehend entwerten..." - Dem kann angesichts der tatsächlich immer mehr verfeinerten Strategie und Taktik terroristischer Gruppen nur bedauernd zugestimmt werden. Nur kann eben daraus kein Recht hergeleitet werden zur Rechtsfortbildung praeter legem zuungunsten des Täters.

138) Siehe hierzu noch einmal oben Fußnote 129.
So auch Blei, BT, S. 66 f., und JA 70,19,77,141; Bockelmann, BT/2, S. 104; Krey, BT 1, S. 100.

139) Rdn. 26 a) Vorbem. §§ 234 ff.

140) A.a.O., S. 61 ff. ; ebenso BGHSt 23, 126.

Aussicht gestellt, bei der Gewalt hingegen bereits gegenwärtig ist, muß angesichts der Regelung in den §§ 249, 252, 255 StGB versagen, wo zwischen "Gewalt" und "Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" unterschieden ist.[141] Die Aufgabe des Kriteriums "Körperlichkeit der Zwangswirkung" läuft damit aber, das liegt auf der Hand, der nun einmal im Gesetz niedergelegten Differenzierung zwischen den Nötigungsmitteln "Gewalt" und "Drohung mit einem empfindlichen Übel" zuwider. Daß dieser Differenzierung aber - allein schon wegen der an sie anknüpfenden Beschränkung der Strafbarkeit in einer Reihe von Bestimmungen - erhebliche Bedeutung zukommt, mag folgendes verdeutlichen :

So ist in den Bestimmungen der §§ 81, 82, 105, 107 und 113 StGB für die dort bezeichneten strafbaren Handlungen hinsichtlich des nötigenden Zwanges bestimmt, daß der Täter "mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt" handeln muß; die bloße"Drohung mit einem empfindlichen Übel" reicht nach dem eindeutigen Wortlaut und der klaren Wertung des Gesetzes nicht aus. Dies zeigt sich ganz deutlich bei der Gegenüberstellung der im 4. Kapitel im Zusammenhang mit dem "politischen Streik" zu besprechenden §§ 105 und 106. In § 105, der die Nötigung von Verfassungsorganen (in ihrer Gesamtheit) behandelt, sind als Nötigungsmittel nur "Gewalt oder Drohung mit Gewalt" ausreichend, während § 106, der dem Schutz der einzelnen Mitglieder der in § 105 geschützten Verfassungsorgane dient, entsprechend der größeren "Drohungsanfälligkeit" des unter Druck gesetzten einzelnen[142] als Nötigungsmittel (außer Gewalt) bereits "Drohung mit einem empfindlichen Übel" genügen läßt. Diese Wertung wird jedoch völlig "überspielt", wenn man jeden psychischen Zwang von einigem Gewicht bereits als "Gewalt" auffaßt : Fälle, die der Gesetzgeber als bloße "Drohung mit einem empfindlichen Übel" straflos wissen wollte, geraten nun zumindest in Gefahr, als vis compulsiva plötzlich strafbar zu werden. Hinzu kommt - letztlich als Konsequenz daraus, daß die Grenze des Art. 103 II GG überschritten wurde - daß eben überhaupt nicht mehr einigermaßen sicher voraussehbar ist, welche Handlungen die fraglichen Tatbestände erfüllen und welche nicht; die jeweilige Grenzziehung dürfte jedenfalls großenteils dem kasuistischen Zufall überlassen sein.

---

141) Vgl. Krey, BT 1, S. 101.

142) Maurach, BT, S. 599.

Wie geradezu grotesk dieses Ergebnis ist, zeigt besonders eindrucksvoll das Beispiel des Streiks. Während der Streik bis 1943, bis zur Neufassung des § 240 StGB, überhaupt noch nicht als Nötigung erfaßbar war[143], wurde er sodann ein Fall der "Drohung mit einem empfindlichen Übel" (wobei freilich - wenn auch nicht bereits auf der Tatbestandsebene, sondern erst bei Prüfung der Rechtswidrigkeit - das Korrektiv des § 240 II eingebaut wurde) und "soll jetzt als Gewalt ein sozusagen klassisches Nötigungsmittel sein".[144]

Wenn man bedenkt, daß der BGH und teilweise auch die Literatur bei der Gewaltalternative, wie ausgeführt, das Korrektiv des § 240 II nur eingeschränkt anwenden wollen und nun zudem der Streik als Gewalt oder doch als Drohung mit Gewalt sogar in den "Kreis der Hochverratsdelikte aufgestiegen"sein soll, so dürfte dies nicht eben den Bemühungen der Strafrechtsreform entsprechen. Die Begründung des "Entwurfs eines Strafgesetzbuches (E 1962)" führt hierzu nach einem Hinweis auf die strittige Auslegung des Begriffes "nötigen" in dem erwähnten § 105 a.F.[145] deutlich aus : "Der Entwurf klärt diese Streitfrage und setzt ebenso wie bei den Tatbeständen des Hochverrats...als Nötigungsmittel Gewalt oder Drohung mit Gewalt voraus...Die Anwendung anderer, weniger schwerer Nötigungsmittel soll den schwerwiegenden Vorwurf der Nötigung eines Verfassungsorgans nicht begründen können. Die Verfassungsorgane stehen mitten im politischen Leben und sind den Strömungen, Kräften und Gegenkräften, die das politische Geschehen bestimmen, ausgesetzt...Es ist nicht Aufgabe des Strafrechts, solche Einflüsse und Einwirkungen von den Verfassungsorganen fernzuhalten, soweit nicht diese Druckmittel von staats- und verfassungsfeindlichen Gruppen ausgehen und im strafrechtlichen Bereich durch Vorschriften über Hochverrat und Staatsgefährdung getroffen werden oder ihre Anwendung sonst unter einem anderem Gesichtspunkt mit Strafe bedroht ist. Es empfiehlt sich auch nicht, den Kreis der Nötigungsmittel unter Hinzufügung einer Rechtswidrigkeitsregel zu erweitern, wie sie der Grundtatbestand der Nötigung (§ 170 II (E1962, Anm. d.Verf.)) vorsieht. Dann würde letztlich die schwierige und im Kern politische

---

143) Bis dahin war ja "Drohung mit einem Verbrechen oder Vergehen" erforderlich. - Siehe genauer hierzu unten S. 137 f.

144) Geilen, H.Mayer-Festschrift, S. 448.

145) § 105 wurde durch das 8.StÄG entscheidend im Sinne des E 1962 geändert. - Zu der angesprochenen Auslegungsproblematik bei § 105 a.F. siehe näher unten S. 223 ff.

Frage, unter welchen Voraussetzungen politische Kampfmaßnahmen verwerflich sind, der Rechtsprechung überbürdet. Das zöge die Gerichte in den rein politischen Meinungsstreit hinein, erschütterte das Vertrauen in die Unabhängigkeit der Rechtspflege und schüfe neuen Streitstoff, ohne den alten zu beseitigen..."[146]

Wenn es gerade Ziel der Neuregelung war, in dem brisanten Bereich der "politischen" Delikte den "offenen" Tatbestand zu schließen und jede Überforderung des Richters durch eine dem § 240 II entsprechende Rechtswidrigkeitsklausel zu vermeiden, so hat der "Kunstgriff", den Streik gewissermaßen durch die Hintertür zum (möglichen) Hochverratsdelikt oder sonstigen "politischen" Delikt (z.B. § 105 !) zu "befördern", diese Ziele ziemlich gründlich überrollt.[147]

Geradezu haarsträubende Konsequenzen müßten übrigens im Zusammenhang mit § 105 bei einem Beamtenstreik befürchtet werden. Die Dienstbedingungen, insbesondere Besoldungssätze, der Beamten werden ja nicht durch Tarifvertrag, sondern durch Gesetz festgelegt. Wenn man nun annimmt, daß jeder auch nur psychische Zwang von einigem Gewicht "Gewalt" darstellt, könnte man jeden Beamtenstreik (oder dessen "Surrogate", wie "Bummelstreik" und "Dienst nach Vorschrift")[148] wegen seiner im allgemeinen gravierenden Auswirkungen auf die Allgemeinheit und dem dadurch ausgelösten Nötigungsdruck auf den die Dienstbedingungen (durch Gesetz) regelnden Gesetzgeber als Nötigung eines Gesetzgebungsorgans gem. § 105 auffassen. Man mag Beamtenstreiks durchaus für verfassungs- und arbeitsrechtlich (beamtenrechtlich) unzulässig halten, eine mögliche Bestrafung aus § 105 mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr mit der Konsequenz, daß mit Rechtskraft des Urteils das Beamtenverhältnis automatisch beendet ist, aber scheint mir ein geradezu absurder Gedanke zu sein ![149]

---

146) Bundestagsdrucksache 200/62.

147) So auch Geilen, a.a.O. - Kritisch zu der Ausuferung des Gewaltbegriffs gerade im Hinblick auf §105 auch Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, BT, Rdn. 5 zu § 105 und Rdn. 10 zu § 105;ferner Schwalm, LK Rdn. 9 ff. zu § 105.
Siehe näher hierzu unten S.337 ff.

148) Zu diesen "atypischen" Streikformen siehe unten S.203 ff.

149) Vgl. auch S.172. - Inwieweit § 240 II auch bei § 105 gilt,der eine solche Regelung nicht ausdrücklich kennt, ist fraglich. Dies wird nach hier vertretener Auffassung und wohl überwiegender Meinung zwar bejaht, jedoch meist sofort mit der Einschränkung versehen, daß "Gewaltanwendung praktisch indiziell für die Rechtswidrigkeit"sei (vgl. BGHSt 23,55 und Schwalm, LK Rdn. 17 zu § 105.)

Vielleicht sollte gerade von diesen Konsequenzen bei anderen Tatbeständen her eine Rückbesinnung erfolgen; denn gerade das im Bereich des § 240 allzu leichtfertig gebrauchte Argument, man könne ruhig ein wenig zuviel in den "offenen"Tatbestand des § 240 hineinpacken, § 240 II werde die nicht strafwürdigen Fälle schon wieder aussondern[150], greift z.B. bei den Hochverratsdelikten nun eindeutig und ausdrücklich nicht mehr durch. Auch hier zeigt sich, wie ich meine, daß das Kriterium der "körperlichen Vermittlung der Zwangswirkung" unabdingbar ist, um überhaupt noch zu vom gewöhnlichen Rechtsunterworfenen vorhersehbaren und nachvollziehbaren, den Intentionen des Gesetzgebers entsprechenden Ergebnissen zu gelangen.

eee) Ist "Gewalt" sonach als "physisch vermittelter Zwang" zu definieren, muß als nächstes geklärt werden, wie das Kriterium "Körperlichkeit der Zwangswirkung" näher zu bestimmen ist.

"Vis absoluta" erfordert eine physisch vermittelte Zwangswirkung durch Schaffen eines unüberwindlichen Hindernisses. Dies ist stets der Fall, wenn die körperliche Zwangswirkung sich unmittelbar auf den Körper des Betroffenen auswirkt, also z.B. wenn das Opfer festgehalten, gefesselt oder betäubt wird. Ausreichend für den Gewaltbegriff ist indessen auch, wenn der Täter für das Opfer unüberwindbare physische Hindernisse (Barrieren) schafft, die es dem Opfer unmöglich machen, sich fortzubewegen, also z.B. wenn das Opfer eingeschlossen wird oder mehrere Personen einem Fußgänger den Weg versperren, so daß er nicht an ihnen vorbeikommen kann. Weitere Beispiele sind etwa das Querstellen eines Fahrzeugs auf der Straße, das schikanöse Anhalten oder Langsamfahren mit dem eigenen Pkw, wenn dadurch anderen Fahrzeugen deren Fortbewegung eine unüberwindliche physische Barriere entgegengesetzt wird. Dies alles ist weitgehend problemlos.[151]

Abgrenzungsschwierigkeiten tauchen erst bei der "vis compulsiva" auf. Problemlos sind zunächst die Fälle, in denen der Zwang sich

---

150) Auf diesem Standpunkt scheinen beispielsweise etwa auch Schönke-Schröder, Rdn. 12 Vorbem. §§ 234 ff., zu stehen. Abgesehen davon ist, wie erwähnt, selbst bei § 240 streitig, ob die Gewaltalternative der Korrektur des § 240 II zugänglich ist.

151) Vgl. etwa Dreher-Tröndle, Rdn. 4 zu § 240.

unmittelbar auf den Körper des Betroffenen auswirkt und diese Auswirkung nicht unerheblich ist; bloße psychosomatische Nebenwirkungen sind entgegen der Rechtsprechung des BGH jedenfalls nicht ausreichend. Schulfall hierzu ist, wenn der Täter sein Opfer so lange schlägt, bis es seinen Forderungen nachgibt. Dabei ist wohl allgemein anerkannt, daß der Genötigte nicht personenidentisch mit dem Opfer der Gewalt sein muß, ausreichend ist vielmehr, daß das Opfer der Gewalt dem Genötigten so nahe steht, daß die Schläge, die das Opfer erleiden muß, den Genötigten ebenso motivieren, wie wenn er selbst geschlagen würde.

Da die "vis compulsiva" indessen nicht zwingend voraussetzt, daß eine unmittelbare Einwirkung auf den Körper eines anderen vorliegt,[152] vielmehr ganz allgemein die Schaffung einer Situation ausreicht, in der der Täter durch physische Hindernisse die Freiheit der Willensbildung eines anderen nicht unerheblich beeinträchtigt, ergeben sich zwangsläufig Abgrenzungsprobleme. So liegt etwa auch Gewalt in Form der "vis compulsiva" vor, wenn in den Fällen, in denen jemand eingeschlossen wird, das Opfer ohne Gefahr ernsthafter Verletzungen aus dem Fenster springen könnte. Noch deutlicher wird das Problem in den Fällen, in denen eine "lebende Barriere" durch Menschen errichtet wird, also z.B. wenn ein Fußgänger einem Pkw die Einfahrt in eine Parklücke verstellt oder bei einem "sit in" auf den Straßenbahnschienen Demonstranten die Straßenbahn am Weiterfahren hindern.

Hier zeigt sich, daß das Kriterium des physischen Zwanges einer gewissen normativ bestimmten Einschränkung bedarf. Erst wertende Überlegungen zeigen, daß auch Menschen, die sich auf Straßen oder Schienen setzen, in gleicher Weise eine körperliche Barriere bilden (und somit nicht lediglich psychisch, sondern auch physisch vermittelten Zwang ausüben), wie wenn sie eine Straßensperre aus Fahrzeugen oder anderen Gegenständen errichteten. Das Hindernis ist in diesen Fällen durchaus nicht unüberwindbar; "Unüberwindbarkeit" wäre aber eben auch nur Voraussetzung für "vis absoluta".

---

152) "Vis compulsiva" kann z.B. auch bei Gewalt gegen Sachen vorliegen, wenn sie sich für den Betroffenen mittelbar körperlich auswirkt (h.M., vgl. Dreher-Tröndle, Rdn. 4 zu § 240; Lackner, Anm. 3 b) zu § 240; ohne diese Einschränkung Schönke-Schröder, Rdn. 10 ff. Vorbem. §§ 234 ff. und Bockelmann, BT 2, S. 105.)

Für "vis compulsiva" ist ausreichend, daß der freien Willensbetätigung des Genötigten ein überhaupt physisches (nicht lediglich psychisches) Hindernis ("lebende Barriere") entgegengestellt wird, das dieser nur mit einem nicht unerheblichen Kraftaufwand beseitigen könnte. Normative Erwägungen spielen hier nun insoweit eine Rolle, als in den Fällen der Schienenblockade es rein theoretisch auch möglich wäre, das Hindernis durch Überfahren der Demonstranten zu überwinden; diese Möglichkeit ist dem genötigten Straßenbahnfahrer indessen genommen, da er dadurch eine vorsätzliche Tötung begehen würde. Der einzige Ausweg zur Beseitigung des Hindernisses, den die Rechtsordnung zuläßt, wäre hier, die Demonstranten einzeln, einen nach dem anderen, vom Schienenbereich zu entfernen; und dies erfordert nun einen gewiß nicht unerheblichen Kraftaufwand.

Es ist nicht zu leugnen, daß in den eben geschilderten Fällen, in denen gewisse normative Erwägungen zur Begründung des "physisch vermittelten Zwanges" herangezogen werden müssen, ein Grenzbereich des Begriffes "Gewalt" erreicht ist.Die"kritische Grenze" ist damit aber noch nicht überschritten. Gerade der zuletzt erörterte Fall der Sitzdemonstration auf Straßenbahnschienen zeigt wohl deutlich, daß der hier vertretene Gewaltbegriff durchaus auch in Grenzfällen noch zu adäquaten Ergebnissen[153] führt, ohne daß zu gequälten

---

153) Man darf hier durchaus nicht außer acht lassen, daß tatsächlich ein kriminalpolitisches Bedürfnis besteht, diese Fälle der Errichtung "lebender Barrieren" als strafbare Gewaltanwendung zu erfassen, worauf auch Krey, a.a.O., S. 422, hinweist. Schäfer, LK Rdn. 30 zu § 240, betont in diesem Zusammenhang zu Recht, daß man bei der Beurteilung dieser Fälle nicht nur die Fälle von Sitzdemonstrationen und dergleichen vor Augen haben dürfe, sondern bedenken müsse, daß solche Blockaden auch durch Rockergruppen oder gar zu verbrecherischen Endzielen (z.B. bei Behinderung von Feuerwehrwagen) erfolgen könnten.

Konstruktionen gegriffen werden muß.[154)155)] Man erkennt aber auch deutlich den Unterschied etwa zu den Fällen, in denen bloße psychosomatische Nebenwirkungen von den Anhängern des "weiten Gewaltbegriffs" "mit Gewalt" sozusagen als "Gewalt" erfaßt werden; in diesen Fällen ist die kritische Grenze längst überschritten, der Tatbestand so aufgeweicht, daß er seine Garantiefunktion nicht mehr zu erfüllen vermag - mit all den aufgezeigten nachteiligen Konsequenzen.

d) Wie vorhin bereits angedeutet, entscheidet sich die Frage, ob der "gewöhnliche Streik" als Gewalt im Sinne des § 240 aufzufassen sei, nicht eigentlich an der Bewertung der sozialen Phänomene, an dem, was "der Streik" seiner tatsächlichen Erscheinung nach ist, sondern letztlich allein daran, welchen Begriff der Gewalt man zugrundelegt. Es kam mir daher entscheidend darauf an, die Entwicklung des Gewaltbegriffes in den vergangenen Jahren kritisch zu untersuchen, um auf diese Weise zu einer sinnvollen, befriedigende Ergebnisse liefernden Definition der Gewalt zu gelangen.

Macht man mit der Rechtsprechung des BGH Ernst, wonach es für den Begriff der Gewalt auch genüge, wenn psychischer Zwang von einigem Gewicht vorliegt, so läßt sich für die allermeisten Streik-

---

154) Das Entfernen der Demonstranten, einen nach dem anderen, vom Schienenbereich erfordert ganz zweifellos einen körperlichen Aufwand. Daß nur dieses Mittel, das lebende Hindernis zu beseitigen, hier in Betracht kommt und nicht einfach das kräftemäßig durchaus leicht zu bewerkstelligende Überfahren der Demonstranten ist keineswegs gekünstelt, sondern nur eine konkrete Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes, daß praktisch kein Rechtsbegriff ("Gewalt" bzw. genauer "physisch vermittelter Zwang") rein deskriptiv zu erfassen ist, vielmehr immer normative Erwägungen mehr oder weniger stark letztlich dessen Konturen bestimmen. Dies wiederum ist Ausdruck davon, daß wir eben in einer umfassend durchnormierten Rechtsordnung leben und nicht im Zeitalter des Faustrechts; damit ist das "faktische Können" immer auch im juristischen Bereich beeinflußt durch die geltende Rechtsordnung, das "normative Dürfen".

155) Vgl. BGHSt 23,46, das bereits ausführlich zitierte "Laepple-Urteil"zum "sit in" auf Straßenbahnschienen. Im Ergebnis führt auch der hier vertretene Gewaltbegriff zu dem gleichen vom BGH gefundenen Ergebnis, daß derartige "sit ins" Nötigung durch Gewalt sind. Nur hätte es, wie aufgezeigt, gerade in diesem Fall ganz sicher nicht dieser bisher rigorosesten Auflösung des Gewaltbegriffes durch den BGH bedurft, um zu dem billigenswerten Ergebnis zu gelangen.

fälle wegen der engen arbeitsteiligen Verflechtung der Betriebe untereinander in der heutigen Industrie und der damit verbundenen sofortigen gravierenden Auswirkungen selbst und gerade von Teilstreiks auch auf weite Teile etwa der Zuliefererindustrie usw. eigentlich kaum ausschließen, daß ein Streik einen ganz gewaltigen psychischen Zwang auf den Sozialpartner ausübt. Wenn man zudem an die organisatorischen Machtmittel der Gewerkschaften, die strategische und taktische Planung von Streiks usw. denkt[156], liegt die Vorstellung nahe, daß die Arbeitgeberseite - sei es, daß sie unter erheblichen Konkurrenzdruck gerät[157], sei es auch, daß sie von seiten der durch die Produktionsausfälle betroffenen Bevölkerung unter Druck gesetzt wird[158] usw. - sich einer derart massiven Pression ausgesetzt sieht, daß ihr kaum mehr eine andere Wahl bleibt, als zu "kapitulieren", d.h. den Forderungen der Streikenden nachzugeben. Die Gleichung "Streik = Gewalt" geht

---

156) Erinnert sei hier noch einmal an Grotes Buch "Der Streik, Taktik und Strategie"; siehe auch oben S.43 ff.

157) Wenn z.B.ein Zulieferbetrieb bestreikt wird und die Gefahr besteht, daß der noch arbeitende Hauptbetrieb seinen Bedarf notgedrungen bei der Konkurrenz, u.U. im Ausland, eindeckt, um eigene Verluste durch Produktionsausfälle zu vermeiden.

158) Hier sei als lehrreicher Beispielsfall nur etwa der wohl allerseits noch im Bewußtsein haftende "Zeitungsstreik" des Jahres 1978 erwähnt. Einerseits wurde von der Gewerkschaftsseite propagandistisch geschickt immer wieder auf die von den Arbeitgebern angeblich beabsichtigte "Vernichtung von Arbeitsplätzen" hingewiesen (das allgemeine zwischen Bewunderung und Furcht pendelnde Unbehagen in der Bevölkerung an der EDV, die daran ebenfalls schuld sein sollte, tat ein übriges !), andererseits wurde den Zeitungslesern von Tag zu Tag mehr bewußt, wie sehr sie sich an ihre tägliche Morgenzeitung gewöhnt hatten und welchen Verzicht sie nun tagtäglich leisten mußten. Hinzu kam die große Schar von Veranstaltern, etwa Kinobesitzern, Gastwirten usw., die auf Zeitungsinsertion angewiesen waren und nun infolge des Informationsdefizits teilweise schwere wirtschaftliche Nachteile in Kauf nehmen mußten.Wenn ich die damalige Situation richtig einschätze, richtete sich der allmählich aufkommende "Volkszorn" über die wochenlang nicht erscheinenden Zeitungen nicht so sehr gegen die Streikenden, als vielmehr gegen die "großen Zeitungsbosse", die (gerade in Zeiten von Arbeitslosigkeit sehr brisant !) "Arbeitsplätze vernichten" wollten. Über die sachliche Berechtigung der damaligen Streikforderungen soll damit nichts ausgesagt sein. Mir scheint der Fall nur eben ein deutliches Beispiel dafür zu sein, wie ein derartiger Druck der "Konsumenten" auf die Arbeitgeberseite entstehen kann.

dann zweifellos auf ![159)]

Dieser weite Gewaltbegriff ist indessen unhaltbar. Er führt zu rechtsstaatlich (Auflösung der Garantiefunktion des Tatbestandes; Art. 103 II GG !), dogmatisch (Verwischen der Grenzen zwischen Gewalt und Drohung mit einem empfindlichen Übel) und auch praktisch unannehmbaren Konsequenzen. Gerade der Fall des arbeitsrechtlichen Streiks beweist augenscheinlich, daß ein - in anderen Fällen oft behauptetes - kriminalpolitisches Bedürfnis für den "weiten Gewaltbegriff" nicht besteht, ja im Gegenteil das praktisch resultierende Ergebnis den Bemühungen der Strafrechtsreform hier gerade zuwiderläuft : der bis 1943 strafrechtlich als Nötigung überhaupt nicht erfaßbare Streik wurde über die "Drohung mit einem empfindlichen Übel" nun plötzlich zur "Gewalt" und fand damit Eingang in den"Kreis der Hochverratsdelikte", aus dem er gerade - nicht zuletzt wegen der politischen Brisanz - ausgeschlossen sein sollte.

Die aufgezeigten Nachteile und Mängel vermeidet der hier vertretene Gewaltbegriff, der als entscheidendes Kriterium eine physische Vermittlung der Zwangswirkung (wenn auch im weiteren, teilweise normativ bestimmten Sinne) fordert. Obschon der Streik, wie bereits ausführlich dargelegt, ein psychisches Zwangsmittel ersten Ranges ist bzw. sein kann, dürfte damit aber für den "Normalfall" des arbeitsrechtlichen Streiks[160)] feststehen, daß es sich bei ihm um keine "physisch vermittelte" Zwangswirkung, sei es gegenüber

---

159) Es sei noch einmal betont, daß es sich bei meinen vorstehenden Ausführungen nicht etwa um unzulässige Extrapolationen einer vielleicht zu weit geratenen Formulierung des BGH auf einen ganz anderen Sachverhalt (arbeitsrechtlicher Streik) handelt. Wie bereits oben S.47 f. und 52 f. ausgeführt, hat der BGH in BGHSt 8, 102 ausdrücklich den Massen- und Generalstreik als Gewalt angesehen und bei einem begrenzten "gewöhnlichen" Streik die Gewalteigenschaft (nur) deshalb verneint, weil dadurch eine Zwangswirkung gegenüber den Verfassungsorganen regelmäßig nicht erzielt werden könne. Zu dem einfachen Rückschluß, daß gegenüber etwa den Arbeitgebern dennoch durchaus Gewalt im Sinne des § 240 vorliegen kann, wenn nur die hierfür erforderliche Zwangswirkung festgestellt werden kann, siehe die Ausführungen oben S. 49 und die dort zitierten Stellungnahmen von Blei und Geilen.

160) Einzelausschreitungen anläßlich eines Streiks sind in diesem Zusammenhang natürlich unbeachtlich.

der Arbeitgeberseite, sei es gegenüber Dritten, handelt. Der Streik ist - und das wird von unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung bewußt akzeptiert - sehr wohl ein für die Gegenseite spürbares "empfindliches" Übel und er muß dies von seiner Zweckbestimmung und Schlagrichtung her auch sein, sonst wäre er ein "stumpfes Schwert"; der Streik ist jedoch grundsätzlich keine Gewalt im Sinne des § 240.

Freilich gibt es keine Regel ohne Ausnahme : wenn nämlich beispielsweise durch einen anhaltenden Streik in lebenswichtigen Betrieben die Versorgung der Allgemeinheit mit Wasser, Strom, Wärme, Gas usw. beeinträchtigt wird und dies auch zu physisch spürbaren (nicht nur unerheblichen) Auswirkungen auf die Bevölkerung führt, hätte allerdings auch ich keine Bedenken, Gewalt anzunehmen.[161] Das gleiche muß auch gelten für eine längerdauernde Stillegung wichtiger Verkehrsmittel und der Müllabfuhr u.ä. Schließlich wäre auch Gewalt anzunehmen, wenn durch die Streikleitung von vorneherein in den Streik Gewalttätigkeiten z.B. gegen Arbeitswillige oder den Arbeitgeber (Zerstörung von Maschinen usf.) eingeplant werden oder später während des Streikverlaufs von der Streikleitung geduldet oder gar noch gefördert werden.

Dabei taucht allerdings das Problem auf, daß die von der Gewaltwirkung "Betroffenen" vor allem die Allgemeinheit bzw. z.B. arbeitswillige Arbeitnehmer sind, nicht aber der soziale Gegenspieler, der genötigt werden soll. Indessen ist es längst h.M., daß auch Gewalt gegenüber einem Dritten ausreicht, falls der zu Nötigende in einer solchen Beziehung zu diesem Dritten steht, daß er sich dadurch beeinflussen läßt.[162] Soweit die Gewalt gegenüber arbeitswilligen Arbeitnehmern verübt wird, dürfte sich dies ohne weiteres einmal aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern ergeben, zum anderen aber, als "egoistisches" Motiv", auch daraus, daß z.B. eine Körperverletzung eines Arbeitnehmers ja unmittelbare Auswirkungen auf den Arbeitsablauf im Betrieb hat; denn für den Arbeitgeber ergibt sich ein materieller

---

161) So auch Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, BT, Rdn. 10 zu § 105, für den Bereich des § 105.

162) Zu einem ähnlichen Fall der Drohung gegen Dritte siehe unten S.340 f.

Verlust durch Produktionsausfall ja nicht nur dadurch, daß beispielsweise Maschinen zerstört werden, sondern genauso gut auch dadurch, daß Arbeitnehmer "krankenhausreif" geschlagen werden. Was die Gewaltanwendung gegenüber der Allgemeinheit anbetrifft, so dürfte ebenfalls klarliegen, daß der Motivationsdruck auf die Arbeitgeberseite dadurch ganz entscheidend verschärft wird. Man denke nur daran, daß durch einen Streik die Wasserversorgung längere Zeit unterbrochen wird oder gar im Winter Heizkraftwerke ausfallen usw. Die volle "moralische Verantwortung" wird in diesen Fällen doch sofort auf den Arbeitgeber zurückfallen, der es "in der Hand hat" durch ein sofortiges Nachgeben den gravierenden Auswirkungen der Gewalt ein Ende zu bereiten.

In allen den genannten Ausnahmefällen kann ein Streik also durchaus auch einmal "Gewalt" im Sinne des § 240 sein. Stets aber muß sich eine physisch vermittelte Zwangswirkung, sei es gegenüber dem Arbeitgeber, sei es gegenüber der Bevölkerung oder Arbeitskollegen, feststellen lassen. Gerade am Beispielsfall "Streik" zeigt sich damit, wie sinnvoll die Unterscheidung zwischen bloßer "Drohung mit einem empfindlichen Übel" und "Gewalt" ist und zwar gerade die Unterscheidung anhand des Kriteriums der "physischen Vermittlung" der Zwangswirkung : unsere Rechts- und Wirtschaftsordnung ist kein friedvolles Paradies ohne Interessengegensätze zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern, vielmehr sind Arbeitskämpfe mit all ihren einschneidenden nachteiligen Folgen für die Gegenseite zugelassen[163]; die Grenze wäre erst dort überschritten, wo "Brachialgewalt" eingesetzt würde, d.h. "Gewalt" im Sinne unserer

---

163) Wie oben S. 15 dargelegt, besteht nunmehr sogar nicht lediglich eine "Streikfreiheit", sondern ein echtes in der Verfassung verbürgtes Grundrecht auf Streik.

Strafrechtsordnung.[164)165)]

Läßt sich somit als Ergebnis festhalten, daß der "gewöhnliche" wirtschaftliche (arbeitsrechtliche) Streik regelmäßig keine Gewalt im Sinne des § 240 darstellt, so sei doch abschließend noch ein weiterer Fall mitgeteilt, in dem auch nach dem hier vertretenen Gewaltbegriff "Gewalt" wohl bejaht werden muß.[166)] Es handelt sich um den von Krey in JuS 1974, 418 ff. diskutierten "Fluglot-

---

164) Zwar ist der Streik auch als bloße "Drohung mit einem empfindlichen Übel" tatbestandsmäßig im Sinne des § 240; dies hängt jedoch mit der Natur des § 240 als "offenem Tatbestand" zusammen. Über § 240 II als Korrektiv entfällt jedoch eine Strafbarkeit grundsätzlich, während dies bei Annahme von "Gewalt" im Hinblick auf den umstrittenen Anwendungsbereich von § 240 II und vor allem die Hochverratsdelikte sehr problematisch ist.

165) Das Festhalten am Definitionsmerkmal der "körperlichen Einwirkung" mag zwar den Eindruck von "Konservativität" und von "Rückschrittlichkeit" erwecken, wie Calliess (a.a.O.,S.11) oder Maurach-Schroeder (BT, Tb. 1, S. 125) meinen. Indessen sollte es seine Notwendigkeit unter rechtsstaatlichen, dogmatischen und nicht zuletzt praktischen Gesichtspunkten bewiesen haben, und auch Calliess (a.a.O., S. 14) führt ebendas aus, was mit "Brachialgewalt" als Grenze gemeint ist : "... Gewalt ... die wegen ihrer primär physischen Vermittlung die Interaktion in strukturellen Zusammenhängen gefährdet. Alle anderen sozialen Zwänge und pönalisierten operativen Medien bewirken diese Gefährdung nicht. Sie stellen zwar die Reziprozität, nicht aber die rechtliche Geregeltheit der Sozialbeziehungen als Bedingungen menschlichen Seins selbst infrage. Nur die Anwendung physischer Gewalt bildet eine Ausnahme. Sie gefährdet wegen ihres universellen Verwendungscharakters und der unmittelbar motivierenden Wirkung jede Strukturiertheit von Sozialbeziehungen überhaupt und wird dem Täter allein schon deshalb strafrechtlich zugerechnet."

166) Das Beispiel zeigt deutlich, daß gerade im "weiten Bereich" des § 240 und angesichts der geradezu unbegrenzten möglichen Fallsituationen im Bereich dessen, was unter Streik fällt, es nahezu unmöglich ist, alle Varianten und Fälle zu bedenken. Es muß daher letztlich immer im Einzelfall anhand der gegebenen Kriterien geprüft werden, ob nicht doch eine "physisch vermittelte" Zwangswirkung und damit "Gewalt" vorliegt.

senstreikfall".[167)168)] Man könnte auf Anhieb versucht sein, in diesem Fall lediglich psychisch vermittelten Zwang anzunehmen : der Flugkapitän wußte, daß er ohne Landeerlaubnis nicht landen durfte, also unterließ er es vorschriftsgemäß. Tatsächlich war die Sachlage hier aber so, daß ohne ordnungsgemäße Flugleitung durch den Tower eine Landung praktisch unmöglich oder doch nur mit dem erheblichen Risiko einer Kollision möglich war. War eine Landung aber genaugenommen technisch überhaupt nicht möglich, so hat der Fluglotse, der die Flugleitung aus sachwidrigen Motiven nicht durchführte, damit letztlich eine "physische Barriere" geschaffen, d.h. der Fluglotse hat gegen den Flugkapitän Gewalt im Sinne des § 240 verübt. Mit Krey ist zuzugeben, daß hier das Kriterium "Körperlichkeit der Zwangswirkung" stark strapaziert wird, indessen ist das Ergebnis angesichts des Charakters der Unüberwindbarkeit des durch das Verhalten des Fluglotsen geschaffenen Hindernisses unumgänglich.

Es handelt sich hierbei, abstrakt betrachtet, um die sicher nicht allzu häufigen Fälle, in denen sich das Nichterbringen der geschuldeten Arbeitsleistung einem anderen Beteiligten - nicht

---

167) Zum Sachverhalt : Flugkapitän A gelangt mit seiner Boeing in den Luftraum des Rhein-Main-Flughafens Frankfurt. Der Tower nimmt mit A Funksprechverkehr auf und gibt ihm die Anweisung, bis auf weiteres in bestimmter Höhe Warteschleifen zu fliegen. Als A nach einiger Zeit geduldig anfragt, wann er endlich landen dürfe, wird ihm lakonisch mitgeteilt, er solle weiter Warteschleifen fliegen. Trotz seines Protestes vergehen nahezu zwei Stunden, bis ihm die Landeerlaubnis erteilt wird. A erfährt, daß der Fluglotse B ihn aus sachwidrigen Motiven so lange in der Luft "festhielt" : B wollte durch sein Verhalten seinen Beitrag zu der "go-slow" Aktion der Fluglotsen leisten, mit der die Ziele des Fluglotsenverbandes - Besoldungserhöhung sowie Verbesserung der Flugsicherheit im deutschen Luftraum - durchgesetzt werden sollten.

168) Meines Erachtens steht außer Zweifel, daß es sich bei dem Verhalten des B nicht um eine "Einzelausschreitung" handelt, die hier gar nicht näher interessieren würde, sondern vielmehr um dessen "normales Streikverhalten" : er erbrachte schlichtweg seine von ihm erwartete typische Dienstleistung - Flugleitung der landenden Maschinen - nicht, ohne daß er zu darüber hinausgehenden Handlungen gegriffen hätte. Der Fall zeigt aber, daß die Frage, ob "Einzelausschreitung" oder "Streikverhalten", durchaus zuweilen zweifelhaft sein kann.

notwendig dem Arbeitgeber - gegenüber als physisch vermittelter Zwang darstellt (der Flugkapitän wurde mit seiner Maschine durch die fehlende Mithilfe des Fluglotsen bei der Landung gewissermaßen im Luftraum "gefangengehalten".) Als Regel haben unsere Untersuchungen jedoch gezeigt, daß der "gewöhnliche" arbeitsrechtliche Streik keine "Gewalt" im Sinne des § 240 darstellt.

3.) Der "sozialadäquate Streik"

Nachdem unsere bisherigen Untersuchungen gezeigt haben, daß der arbeitsrechtliche Streik, wenn grundsätzlich nicht in Form der Gewaltalternative des § 240, so doch als "Drohung mit einem empfindlichen Übel" tatbestandsmäßig im Sinne des § 240 ist, sei nun noch kurz, ehe wir uns mit der Rechtswidrigkeit des Streiks befassen, der Begriff des "sozialadäquaten Streiks" erörtert, der sich in der Literatur einer großen Beliebtheit erfreut, ohne daß meist genauer erklärt wird, was darunter eigentlich zu verstehen sei.[169)]

a) Die Lehre von der sogenannten "Sozialadäquanz" geht zurück

---

169) Vgl. z.B. Dreher-Tröndle, Rdn. 8 zu § 81, Rdn. 5 und 9 zu § 88 : "Ist der Streik nicht rechtswidrig, weil er arbeitsrechtlich zulässig oder sonst sozialadäquat ist (Hervorhebung d.d. Verf.)..." - Woesner, NJW 1968, 2130, fordert eine Klarstellung, daß "sozialadäquate Formen des Arbeitskampfes...sowie die sozialadäquate Demonstration jenseits der Pönalisierungsgrenze liegen müssen..." - Mit Recht meinte schon Niese (a.a.O., S. 27 ff.) hierzu, nachdem er den langen Weg geschildert hatte, dessen es bedurfte, bis der Streik als ein von der Rechtsordnung anerkanntes Mittel zur kollektiven Durchsetzung gemeinsamer wirtschaftlicher Belange anerkannt wurde : "Heute ist dieser Zustand, wie gesagt, überwunden. In gewissem Sinne ist er neuerdings insofern in sein Gegenteil umgeschlagen, als die Arbeits- und Zivilrechtler den echten Arbeitskampf vielfach als 'sozialadäquat' bezeichnen und ihm nicht nur rechtfertigende, sondern schon tatbestandsausschließende Wirkung beimessen. Das findet man häufig in den Urteilen zum Zeitungsstreik, meist ohne nähere Erörterung oder nur mit einem kurzen Hinweis auf Welzel..."

auf Welzel[170][171] Ausgangspunkt der Sozialadäquanzlehre ist die zutreffende Erkenntnis, daß in der Funktion der Straftatbestände, die "Muster" des verbotenen Verhaltens nachzuzeichnen, zum Ausdruck kommt, daß " die in ihnen ausgewählten Verhaltensarten einerseits gesellschaftlichen Charakter haben, d.h. auf das Sozialleben bezogen sind, andererseits aber dem geordneten Sozialleben gerade unangepaßt sind." Welzel fährt fort : "In den Tatbeständen offenbart sich die soziale und zugleich geschichtliche Natur des Strafrechts : sie geben die Verhaltensformen an, die aus den geschichtlich gewordenen Ordnungen des Soziallebens schwerwiegend herausfallen. Diese Einsicht hat Rückwirkung auf die Erfassung und die Auslegung der Tatbestände..."[172] Sozialadäquate Verhaltensweisen im Sinne der Lehre Welzels "bewegen sich völlig im Rahmen der 'normalen', geschichtlich gewordenen sozialen Ordnung des Lebens, so daß sie auch dann keine tatbestandsmäßige Verletzungshandlung sind, wenn in ihrem Gefolge eine Rechtsgutsverletzung eintritt."

---

170) Zuerst in ZStW 58, 516; sodann in seinem Lehrbuch in verschiedenen Abwandlungen, etwa 11.Auflage, S. 55 ff.

171) Die Lehre von der Sozialadäquanz wurde von Nipperdey im Anschluß an Welzel in das Arbeitsrecht übernommen. Nipperdey wollte die soziale Adäquanz als Rechtfertigungsgrund verstehen, um bei § 823 I BGB (Streik als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) die Haftung zu begrenzen (vgl. im einzelnen Hueck-Nipperdey, II/2, S. 998; Söllner,a.a.O., S. 86; Niese, S. 28 ff.; zur Entwicklung der Lehre Nipperdeys im einzelnen Seiter, S. 448 ff.). Die Lehre Nipperdeys wurde auch vom BAG weitgehend übernommen (BAG AP Nrn. 1, 32, 34 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). Die Übernahme der Lehre von der sozialen Adäquanz in das Arbeitsrecht ist indessen bis heute umstritten (vgl. im einzelnen Söllner, S. 88). Insbesondere Nikisch, II, S. 118, wendet sich gegen eine Anwendung dieser Rechtsgedanken auf den Arbeitskampf mit der Begründung, daß in anderen Rechtsgebieten nur offenkundig "harmlose" Handlungen als sozialadäquat angesehen würden, die kein Mensch als Rechtsbruch empfinde; der Arbeitskampf sei dagegen bewußte Schädigung des Angegriffenen und eine unerwünschte Störung der Ordnung des Arbeitslebens. Wie sehr Nikisch mit dem Hinweis auf andere Rechtsgebiete Recht hat, wird im Text ausgeführt. Selbst wenn dem Begriff der Sozialadäquanz im Arbeitsrecht eine größere Bedeutung zukommen sollte, so kann und muß sich die Untersuchung hier allein auf eine mögliche Funktion der Sozialadäquanz im Rahmen des strafrechtlichen Deliktsaufbaus beschränken.

172) Welzel, Lehrbuch, 11. Auflage, S. 55.

b) So richtig und einleuchtend dieser Ausgangspunkt ist, so sehr hat leider auch Zipf[173] Recht, wenn er meint : "Dabei handelt es sich bei dem Problemkreis der Sozialadäquanz um eine der umstrittensten Erscheinungen der modernen Strafrechtsdogmatik, bei der sich auch heute noch Anhänger und Gegner in etwa gleich starken Fronten gegenüberstehen." Ein Hauptproblem der Sozialadäquanzlehre ist die nach wie vor offene Frage, welchen Platz im Verbrechensaufbau die Sozialadäquanz eigentlich einnimmt : ist sie bereits tatbestandsausschließend oder lediglich ein Rechtfertigungsgrund besonderer Art ?

aa) Welzel selbst hat seinen Standpunkt mehrfach geändert. Während er der Sozialadäquanz zunächst tatbestandsausschließende Wirkung zuerkannte, wurde sie ab der 4. Auflage sowohl bei den vorsätzlichen als auch bei den fahrlässigen Delikten zum allgemeinen gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgrund (also nicht schon Ausschluß der Tatbestandsmäßigkeit). Außer Schaffstein[174] sind die meisten Anhänger der Sozialadäquanzlehre diesem Wandel gefolgt. Bei den Fahrlässigkeitsdelikten nahm Welzel die Sozialadäquanz dann ab der 7. Auflage wieder zur Tatbestandsmäßigkeit, da die Fahrlässigkeitsdelikte offene Tatbestände seien und schon zur tatbestandsmäßigen Handlung die Außerachtlassung der objektiv gebotenen sozialadäquaten Sorgfalt gehöre. Diese unhaltbare Ungereimtheit, daß bei Vorsatzdelikten die Sozialadäquanz lediglich rechtfertigende Wirkung hatte, während sie bei Fahrlässigkeitsdelikten schon die Tatbestandserfüllung ausschloß, wurde nun ab der 9. Auflage dadurch beseitigt, daß die Sozialadäquanz allgemein, d.h. bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitstaten tatbestandsausschließend sein soll.

Es ist in der Tat erstaunlich, mit welch guten und überzeugenden Argumenten die geradezu polaren Ansichten etwa von Schönke-Schröder oder Baumann sich vertreten und begründen lassen. Während Baumann[175] kompromißlos feststellt : "Für uns ist nach unserem Ausgangspunkt selbstverständlich, daß wir jedenfalls

---

173) Maurach-Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 5. Auflage 1977, S. 230; vgl. hierzu auch Schmidhäuser, S. 298 ff.

174) ZStW 72, 369.

175) Zur Kritik an der Lehre von der Sozialadäquanz vor allem Baumann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage 1977, S. 181 ff.

einen Ausschluß der Tatbestandsmäßigkeit durch Sozialadäquanz nicht billigen können und überhaupt jeder Vorverlegung von Rechtswidrigkeitsprüfungen widersprechen müssen." führen Schönke-Schröder[176] aus : "Beschränkt man den Begriff der Sozialadäquanz auf 'im sozialen Leben gänzlich unverdächtige, weil im Rahmen der sozialen Handlungsfreiheit liegende Handlungen'[177], so kann es sich dabei jedenfalls nicht erst um einen Rechtfertigungsgrund handeln."

bb) Zunächst ist Baumanns Mißtrauen gegen eine allzu schnelle und bedenkenlose Subsumtion eines Sachverhalts unter die Sozialadäquanzformel nur allzu berechtigt, wenn er fordert[178], daß wir für die "strafrechtliche Untersuchung den Tatbestand als Unrechtstyp brauchen"und"jede Handlung, die in ein durch einen Tatbestand geschütztes Rechtsgut eingreift, genau auf ihre Rechtswidrigkeit hin prüfen"wollen. Und in Anspielung auf ein altes"Schulargument"

---

176) Rdn. 70 Vorbem. §§ 13 ff.

177) Es ist dies die von BGHSt 23, 228 gewählte Formel für die Sozialadäquanz, wobei der BGH jedoch zu der hier aufgeworfenen Frage des richtigen Standortes der Sozialadäquanz keine ausdrückliche Stellung bezieht, sondern lediglich ausführt :"... können übliche...weil im Rahmen der sozialen Handlungsfreiheit liegende Handlungen nicht tatbestandsmäßig oder zumindest nicht rechtswidrig sein." Die Entscheidung ist auch im übrigen, d.h. hinsichtlich der Beurteilung des vom BGH darin vertretenen Standpunkts zur Sozialadäquanzlehre überhaupt, nur mit Vorbehalten heranzuziehen, da sie zu § 86 III damaliger Fassung erging, der anerkanntermaßen einen gesetzlich normierten (!) "Fall der Sozialadäquanz" darstellt (nämlich, daß § 86 I nicht bei "sozialadäquater" Benutzung der betreffenden Publikationen, z.B. zu wissenschaftlichen oder künstlerischen Zwecken, Anwendung findet). Zwar nennt der BGH die Sozialadäquanz ein "allgemeines Prinzip, dessen Bedeutung sich nicht auf das Strafrecht beschränkt, sondern die ganze Rechtsordnung erfaßt"; da der BGH in dem konkreten Fall (es handelte sich darum, daß eine vom BVerfG für verfassungswidrig erklärte und aufgelöste Partei, die zu Propagandazwekken Schriften verteilt oder zur Verteilung herstellen läßt, deren Inhalt gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung gerichtet ist, sich nicht darauf berufen kann, daß sie im Rahmen staatsbürgerlicher Aufklärung handle) relativ schnell und leicht zur Ablehnung des Gesichtspunkts der Sozialadäquanz kam und auch demzufolge nicht lange sich bei der Frage des Standorts der Sozialadäquanz im Deliktsaufbau aufhielt, kann hier nicht von einer "gefestigten Rezeption" des Gedankens der Sozialadäquanz durch den BGH gesprochen werden.

178) A.a.O., S. 182. - Ähnlich Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Auflage 1978, S. 203 : "Der Gedanke der sozialen Adäquanz wird jedoch auch unnötigerweise zur Einschränkung von Tatbeständen herangezogen, wenn schon die gewöhnlichen Auslegungsregeln zur richtigen Abgrenzung führen. Die Anwendung der anerkannten Auslegungsregeln ist in diesen

zugunsten der Sozialadäquanzlehre[179] meint er, daß die Hinrichtung des Verbrechers (falls Todesstrafe möglich wäre), die uns so ganz anders erscheine als etwa ein Mord, in Wirklichkeit vielleicht nur verkappter Mord sei. "Wir wollen einen speziellen Rechtfertigungsgrund sehen und genau prüfen, ob seine Voraussetzungen gegeben sind, ob z.B. das Strafurteil gültig und vollstreckbar war."[180] Die ganz große Gefahr der Lehre von der Sozialadäquanz ist jedenfalls nicht zu übersehen, daß nämlich allzu schnell und unbesehen ein konkreter Sachverhalt einem geläufigen "sozialadäquaten" Verhaltensmuster subsumiert wird und dabei unversehens gerade die entscheidenden Unterschiede des Einzelfalles übersehen werden, die gerade hier eine abweichende Beurteilung zwingend erforderten.

Fällen vorzuziehen, da auf diese Weise objektiv nachprüfbare Ergebnisse gewonnen werden...,während die soziale Adäquanz immer ein relativ unsicheres Prinzip bleibt und deshalb in letzter Linie herangezogen werden sollte." - Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch,Band 1, Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1977, Rdn. 15 Vor § 32 : "Die kritischen Fälle lassen sich teilweise durch Tatbestandsauslegung befriedigend lösen, teilweise gehören sie in die Gruppe der Rechtfertigung auf Grund erlaubten Risikos."

179) Siehe hierzu ebenfalls etwa Baumann, a.a.O., S. 181 : "Das immer wieder gebrauchte Argument, es sei doch unsinnig, Mord und Hinrichtung aufgrund eines rechtskräftigen Strafurteils erst auf der Stufe der Rechtswidrigkeit voneinander zu scheiden, ist freilich zunächst frappierend. Man könnte meinen, daß es sinnvoller wäre, diese so unterschiedlichen Handlungen bereits auf der Stufe der Tatbestandserfüllung zu differenzieren..."

180) Baumann, a.a.O., S. 182, weist nicht zu Unrecht darauf hin, daß selbst in weniger "dramatischen" Fällen, wo man leichter geneigt wäre, eine tatbestandsausschließende Sozialadäquanz zu akzeptieren, Vorsicht und genaues Überlegen erforderlich sind. So etwa in dem Schulfall, wenn jemand während der Fahrt im Zug zwischen zwei Stationen nicht aussteigen kann. Nach Welzel (2. Auflage, S. 37) ist diese durch die Bahn zugefügte Beschränkung nicht tatbestandsmäßig im Sinne des § 239, weil diese Beschränkung sich innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnungen des Gemeinschaftslebens bewege. Dagegen wendet Baumann (S. 183) zu Recht ein : "Vielleicht ist die Bahnfahrt oder Taxifahrt, die uns sozialadäquat erscheinen möchte, doch rechtswidrige Freiheitsberaubung...Vielleicht reicht die Einwilligung nur zu einer Fahrt bis zum Orte X, nicht aber zu einer Fahrt bis Y. Arbeiten wir mit der Sozialadäquanz, so versperren wir uns zu leicht eine genauere Untersuchung."

Gegen eine tatbestandsausschließende Wirkung der Sozialadäquanz jedenfalls spricht zudem und vor allem die Problematik bei den Irrtumsfällen. Der BGH hat in seinem berühmten Beschluß in BGHSt 2, 194 dargelegt[181], daß zum Tatbestand des § 240 nur das Abnötigen einer Handlung durch Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel gehört. Ob das Nötigungsmittel, insbesondere die Androhung des empfindlichen Übels, rechtswidrig im Sinne der Regel des § 240 II ist, hat mit der Tatbestandsmäßigkeit nichts zu tun, gehört also auch nicht in den Tatbestandsvorsatz. Kannte der Täter die Rechtswidrigkeit nicht, so hat er gleichwohl vorsätzlich, aber im Verbotsirrtum gehandelt. Dieses darin liegende Bekenntnis zur Schuldtheorie[182] war damals für den BGH das Entscheidende. Rechtswidrig ist die Nötigung (nur) dann, wenn im konkreten Fall positiv feststellbar ist, daß die Androhung dieses Mittels zu diesem Zweck verwerflich war. Diese positive Feststellung erfordert § 240 bekanntermaßen, weil er als "offener" Tatbestand so weit gefaßt ist, daß auch viele Drohungen des täglichen Lebens, also auch sozialadäquate (!), die durchaus üblich sind, darunter fallen. Nähme man bei der Sozialadäquanz tatbestandsausschließende Wirkung an, so wäre die unausweichliche Konsequenz, daß der Täter, der irrtümlich annimmt, sein Verhalten sei sozialadäquat, im vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum (nicht nur im Verbotsirrtum) handeln würde. Die weitere Folge liegt ebenfalls auf der Hand, nämlich daß "gerade Leute, die ihre eigenen robusten Gewohnheiten für das sozial Übliche halten, straffrei ausgehen."[183] Ein treffendes Beispiel in diesem Zusammenhang gibt Niese[184]: "Sieht man den arbeitsrechtlichen Streik überhaupt als sozialadäquat an, und zwar mit der Folge, daß er die Tatbestandsmäßigkeit beseitigt, so schlösse die irrige Annahme, ein politischer Streik sei ebenfalls sozialadäquat (daß er sozialinadäquat ist, sei hier einmal unterstellt), die strafrechtliche Haftung aus irgendeinem Nötigungs-

---

181) Siehe genauer hierzu schon oben S. 36 ff.

182) In § 17 wurde der Verbotsirrtum nunmehr auch im Sinne der Schuldtheorie gesetzlich geregelt; vgl. Dreher-Tröndle, Rdn. 1 zu § 17.

183) Niese, S. 32; aus diesem Grund nimmt Niese auch an, daß gegenüber sozialadäquaten tatbestandsmäßigen Handlungen lediglich die unrechtsindizierende Funktion des Tatbestandes entfällt (S. 30). Auch Schmidhäuser, AT, S. 299 ff. faßt die soziale Adäquanz als Rechtfertigungsgrund auf.

184) S. 32.

tatbestand aus, weil durch diesen Irrtum der Tatbestandsvorsatz entfiele."

Damit scheinen zunächst insbesondere dogmatische und kriminalpolitische Gesichtspunkte dafür zu sprechen, der Sozialadäquanz lediglich unrechtsausschließende Funktion zuzuerkennen. Dies mag richtig und notwendig sein aus den genannten Gründen - wenn die Sozialadäquanz nur die Bedeutung wirklich hätte, die ihr teilweise unterstellt wird !

cc) Bei "im sozialen Leben gänzlich unverdächtigen, weil im Rahmen der sozialen Handlungsfreiheit liegenden Handlungen"[185] kann es sich doch - und darin ist Schönke-Schröder[186] Recht zu geben - jedenfalls nicht erst um einen Rechtfertigungsgrund handeln. Dies folgt daraus, daß hier nicht erst eine spezielle Erlaubnis erteilt wird, die ein "an sich verbotenes Verhalten" im Einzelfall rechtmäßig macht, vielmehr fallen sozialadäquate Handlungen - eben weil sie völlig "normal", "alltäglich" sind - von vorneherein schon nicht unter die Verbotsmaterie, die in den einzelnen Deliktstatbeständen erfaßt werden soll. Es geht also bei der Sozialadäquanz ganz einfach nur darum, als Korrektiv solche Verhaltensweisen auszuklammern, die zwar vom exakten Wortlaut eines Tatbestandes erfaßt werden, von diesem aber sinnvollerweise nicht gemeint sein können. Damit steht aber fest, daß der Anwendungsbereich der Sozialadäquanz als Regulativ auf die Fälle beschränkt ist und sein muß, in denen kein vernünftiger Zweifel an ihrer völligen strafrechtlichen Irrelevanz ("völlige Harmlosigkeit") bestehen kann.[187]

---

185) BGHSt 23, 228.

186) Rdn. 70 Vorbem. §§ 13 ff.

187) Maurach-Zipf, S. 232, gehen, wohl eben wegen der "Ungleichgewichtigkeit" der (angeblich) der Sozialadäquanz unterfallenden Fälle, davon aus, daß "die Funktion, solche Verhaltensweisen aus dem Handlungsunrecht zu eliminieren, bei der Sozialadäquanz in zwei Schritten erreicht"wird. Einmal sei die "Sozialadäquanz eine wichtige Auslegungshilfe bei der Überprüfung der einzelnen Merkmale eines Straftatbestandes"; soweit dieser Gesichtspunkt eingreife, werde das "einzelne Tatbestandsmerkmal und damit der Straftatbestand überhaupt nicht erfüllt." Maurach-Zipf fahren dann jedoch fort : "Wo dies nicht möglich ist, dient die Sozialadäquanz weiterhin der Tatbestandskorrektur; der Tatbestand wird dann (formell) bejaht, aber materiell verneint...ist das zu beurteilende Verhalten rechtskonform oder sozialadäquat, so wird die Indizfunktion des typisierten Unrechtsbildes ausgeschlossen, während die Rechtfertigungsgründe eine an sich gegebene Indizierung positiv entkräften." Nach Maurach-Zipf läßt also die So-

dd) Rein theoretisch denkbar wäre natürlich auch, einen weiteren Anwendungsbereich für die Sozialadäquanz und dann lediglich unrechtsausschließende Wirkung anzunehmen. Damit bliebe aber zum einen das Problem, daß die "völlig harmlosen" Fälle eigentlich falsch behandelt werden,[188] zum anderen gelten natürlich auch bei Annahme lediglich eines Ausschlusses der Unrechtsindizwirkung des Tatbestandes durch die Sozialadäquanz die eingangs erwähnten Bedenken, die vor allem Baumann gegen die Sozialadäquanz geltend macht, nämlich daß mit Hilfe der Sozialadäquanz möglicherweise zu schnell und unbesehen eine genaue Prüfung der (Tatbestandsmäßigkeit und) Rechtswidrigkeit einer Handlung unterbleibt. Mir ist jedoch kein Grund ersichtlich, "die in ihrer Unbestimmtheit ohnehin bedenkliche Generalklausel der Sozialadäquanz"[189] weiter auszudehnen, als unbedingt erforderlich. Jedenfalls halte ich es nicht für eine echte Lösung von Problemfällen, wenn ein wenig präziser Begriff eine Begründung abgeben soll, anstatt daß tatsächlich im einzelnen die (Tatbestandsmäßigkeit und) Rechtswidrigkeit einer Handlung geprüft werden. Dagegen vermag die Sozialadäquanz - eingeschränkt auf die Fälle, in denen sozusagen kein vernünftiger Mensch darauf käme, daß überhaupt eine tatbestandsmäßige Handlung vorliegen könnte - eine plausible Erklärung dafür zu liefern, daß

---

zialadäquanz je nach Einzelfall einmal (schon) die Tatbestandsmäßigkeit, ein anderes Mal (erst) die Unrechtsindikation des tatbestandsmäßigen Verhaltens entfallen. Dies ist insofern richtig, als tatsächlich die (möglicherweise) der Sozialadäquanz zu unterstellenden Fälle sehr unterschiedlich sind. Diese von Maurach-Zipf gemachte Unterscheidung scheint mir indessen wenig praktikabel und dürfte die "Handhabung" des ohnehin schon reichlich "schillernden" Begriffes der Sozialadäquanz nicht eben vereinfachen. Mir scheint es jedenfalls richtiger, eine einheitliche Funktion der Sozialadäquanz (sofern man sie überhaupt anerkennt) anzunehmen und dann u.U. eben den Anwendungsbereich der Sozialadäquanz sinnvoll einzuschränken. Einen sachlich-praktischen Vorteil in der Zipfschen Unterscheidung vermag ich jedenfalls nicht zu erkennen.

188) Wie eben ausgeführt, liegt insoweit richtigerweise schon keine tatbestandsmäßige Handlung vor. Man müßte konsequenterweise dann den in der vorstehenden Fußnote erwähnten Standpunkt von Maurach-Zipf vertreten und eine "Doppelfunktion" der Sozialadäquanz annehmen.

189) Schönke-Schröder, Rdn. 70 Vorbem. §§ 13 ff. - Sehr kritisch in diesem Sinne auch Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, Rdn. 15 Vor § 32.

und warum nicht einmal der Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt ist. Dies sind aber meines Erachtens nur die Fälle, in denen es dem Ansehen der Strafrechtswissenschaft geradezu abträglich wäre, die Erfüllung eines bestimmten Straftatbestandes behaupten zu wollen.[190] Für die wissenschaftliche Abgrenzung in echten Zweifelsfällen scheint mir der Begriff der Sozialadäquanz dagegen nichts herzugeben. Ob in dem in der vorigen Fußnote zitierten Fall der Teilnahme am modernen Flugverkehr lediglich Sozialadäquanz im Spiele ist oder doch ein ganz raffinierter Plan, den Onkel unauffällig zu beseitigen, kann nur eine sorgfältige strafrechtliche Untersuchung entscheiden, nicht aber der Begriff der Sozialadäquanz. Falls jedoch feststeht, daß keine besonderen Umstände vorliegen, die im Einzelfall zur Annahme einer tatbestandsmäßigen Tötungshandlung zwingen, mag die Sozialadäquanz eine - fast selbstverständliche - plausible Erklärung dafür sein, daß natürlich auch die Strafrechtswissenschaft nicht etwas für tatbestandsmäßiges Unrecht hält, was jeder vernünftige Mensch für eine alltägliche Betätigung hält. Die so eingeschränkten Fälle der Sozialadäquanz haben dann aber, wie ausgeführt, bereits tatbe-

---

190) So der alte Schulfall, wonach der Zeugungsakt keine tatbestandsmäßige Tötungshandlung ist, wenn das erzeugte Kind später zum Mörder wird. Oder : Teilnahme am modernen Straßen-, Schienen-oder Flugverkehr, so daß der Neffe keine tatbestandsmäßige Tötungshandlung begeht, wenn er den Erbonkel zur eifrigen Benutzung der Verkehrsmittel ermuntert in der (begründeten) Erwartung, er möge bei einem Unglück vorzeitig ums Leben kommen (Beispiele bei Welzel, a.a.O., S. 56). Gerade der letztere Fall zeigt indessen schon, daß durchaus im Einzelfall zweifelhaft sein kann, ob tatsächlich Sozialadäquanz vorliegt. Wußte der Täter nämlich z.B. positiv, daß das Flugzeug, das der Onkel benutzt, infolge eines Terroranschlags abstürzen wird, liegt sicher tatbestandsmäßige Tötung vor. Völlig zweifelhaft schließlich scheint mir, ob wirklich - wie Welzel, S. 57, meint - das Ausschenken alkoholischer Getränke trotz der Gefahren, die der Alkoholgenuß für die Bewegungsfähigkeit der Gäste im Straßenverkehr mit sich bringt, eine sozialadäquate ("sozialübliche") Tätigkeit ist. Hier sei noch einmal eindringlich Baumann, S. 182, zitiert : "Vielleicht ist die Hinrichtung der Verbrechers ... in Wirklichkeit nur verkappter Mord!"

standsausschließende Wirkung.[191] [192]

c) Nach alledem erhebt sich aber die Frage, ob der Streik überhaupt eine sozialadäquate Erscheinung des Wirtschaftslebens ist bzw. ob die oft gebrauchte Floskel vom "sozialadäquaten Streik" überhaupt sinnvoll ist. In Kapitel 1 wurde als Ergebnis die Auffassung vertreten, daß jedenfalls seit der "Notstandsgesetzgebung" des Jahres 1968 nunmehr feststeht, daß das Grundgesetz nicht lediglich - wie bisher schon allgemein anerkannt - Streikfreiheit gewährt, sondern darüberhinaus ein volles subjektives Streikrecht. Damit ist der Streik - wenn auch von der Formulierung des Art. 9 III GG her ausdrücklich nur für die "Notstandsfälle" - als Erscheinung unseres Wirtschaftslebens auch in der Verfassung anerkannt und rezipiert worden. Es wäre indessen verfehlt, daraus den Schluß ziehen zu wollen, der Streik sei damit eo ipso als "sozialadäquate Erscheinung unseres Wirtschaftslebens" ausgewiesen. Die Funktion der Sozialadäquanz kann nämlich, wie dargelegt, nicht darin bestehen, sämtliche Fälle in sich aufzunehmen, in denen in irgendeiner Form jemand "sich so verhält, wie er es nach der Rechtsordnung darf". Vielmehr ist - gerade nach der hier vertretenen Auffassung zur Sozialadäquanzlehre - scharf zu unterscheiden zwischen den Rechtfertigungsgründen im herkömmlichen Sinn und den Fällen der Sozialadäquanz. Freilich können trotz der Unterschiede in den rechtlichen Auswirkungen - nach der hier vertretenen Auffassung schließen die "echten" Fälle der Sozialadäquanz bereits den Tatbestand aus - die Grenzen zwischen sozialer Adäquanz und Rechtfertigungsgrund im Einzelfall flüssig sein.[193] Aber selbst wenn man - wie etwa Niese[194] - die Wirkung der Sozialadäquanz nur darin sieht, daß sie die unrechtsindizierende Funktion des Tatbestandes entfallen läßt, ist die Unterscheidung bedeutungsvoll. Als Maßstab für diese Abgrenzung zitiert Niese[195] ein sehr sinnfälliges

191) Auch Welzel nimmt nunmehr wieder tatbestandsausschließende Wirkung an; siehe oben S.89. Der an sich richtige Einwand, in den Irrtumsfällen käme es zu unbilligen Ergebnissen, wenn die Sozialadäquanz bereits den Tatbestand ausschließt und daher ein Täter unter Berufung auf Sozialadäquanz ohne Vorsatz handeln würde, ist meines Erachtens durch die getroffene Einschränkung der Fälle der Sozialadäquanz praktisch ausgeräumt.

192) Mit Schönke-Schröder,Rdn. 70 Vorbem. §§ 13 ff., läßt sich daher feststellen, die "die Bedeutung der Sozialadäquanz als eines eigenständigen Regulativs zumindest erheblich überschätzt worden" ist. - Sehr kritisch zur sozialen Adäquanz auch Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, AT, Rdn. 15 vor § 32:"Inzwischen hat sich weitgehend die Einsicht durchgesetzt, daß die soziale Adäquanz nicht nur ein wegen seiner begrifflichen Unschärfe bedenkliches Merkmal, sondern auch überflüssig ist." Kritisch auch Jeschek, AT, S. 203.

193) Welzel, 2. Auflage, S. 47.

194) S. 30 ff., 34.

195) S. 34.

Wort von Engisch : "Es kommt darauf an, ob die Rechtmäßigkeit auf 'völliger Harmlosigkeit' oder auf 'Interessenübergewicht' beruht. Als Beispiel für "völlige Harmlosigkeit" nennt Niese[195] etwa, wenn der Gläubiger dadurch "nötigt", daß er seinem zahlungsunwilligen oder -fähigen Schuldner eine Klage androht. "Die Klage ist so ins System unserer Rechtsordnung eingebettet, sie ist gerade der gesetzliche Weg zur Durchsetzung des Rechts"[195], daß eine "Klagdrohung das Musterbeispiel eines sozialadäquaten Verhaltens" ist.[195] Im Hinblick auf den Streik fährt Niese jedoch fort : "Ganz anders verhält es sich beim Streik,schon insofern, als hier nicht die Durchsetzung eines bereits bestehenden Rechts durch Androhung des gesetzlichen Weges, sondern die Begründung neuer Rechte durch die Drohung mit Nichtarbeit erzwungen werden soll." Aus Art. 9 III GG ist zwar nunmehr ein echtes Streikrecht abzuleiten,[196] die Voraussetzungen für dieses Streikrecht sind indessen zu komplex, als daß sich im Sinne des hier (aber auch des beispielsweise von Niese) vertretenen Sozialadäquanzbegriffes ohne weiteres und vorbehaltlos für alle Fälle des Streiks sagen ließe, daß insoweit ein "völlig harmloses" Verhalten vorliege, von dem kein vernünftiger Mensch annehmen würde, daß es tatbestandsmäßige Nötigung sein könnte. Im Gegenteil : das nunmehr anerkannte Streikrecht hat eine

---

196) Die ausführliche Erörterung bei Niese, ob die Rechtmäßigkeit der durch Streik begangenen Nötigung sich aus der natürlichen Handlungsfreiheit erklären lasse - so Nipperdey - oder aus der Koalitionsfreiheit, wie sie gewohnheitsrechtlich aus der historischen Entwicklung unseres Wirtschaftslebens erwachsen ist - so Niese - ist damit überholt.

lange historische Entwicklung[197] hinter sich und gerade diese Entwicklung, die erst erkämpft werden mußte, bringt es mit sich, daß auch heute ein Streik nicht eine höchst selbstverständliche Angelegenheit ist : die Frage geht freilich nicht mehr darum, ob ein Streik überhaupt zulässig ist, diese Position ist erkämpft; es geht aber sehr wohl bei jedem einzelnen Streik heute noch darum, ob gerade dieser Streik, so wie er geführt wurde, rechtmäßig ist oder nicht. Unsere Wirtschaftsordnung in der Bundesrepublik Deutschland geht - auch auf dem Arbeitsmarkt - davon aus, daß das

---

197) Siehe etwa zu § 152 GewO, der für die allmähliche Anerkennung zumindest einer Streikfreiheit eine große Rolle spielte, Frey, Strike und Strafrecht; ferner Niese, S. 36 ff.
Die historische Entwicklung soll hier, da in den wesentlichen Zügen allgemein bekannt, nicht im einzelnen geschildert werden : die "Vertragsfreiheit", die nach dem Leitbild der pandektistisch bestimmten Rechtsordnung des 19. Jahrhunderts von der abstrakten Gleichheit und Freiheit aller Rechtsgenossen ausging, wurde mehr und mehr zum Knebel für die Arbeiterschaft als sozial Schwächerem. Dagegen setzten sich die "dem Arbeitgeber ausgelieferten" Arbeitnehmer durch kollektive Zusammenschlüsse zur Wehr, wobei das Hauptzwangsmittel gegen die Arbeitgeber sehr bald die Verweigerung dessen wurde, was der Arbeitnehmer vor allem "besaß", nämlich seine Arbeitskraft, also der Streik. Im "Arbeitsrecht" hat dann nach und nach auch der Gesetzgeber eine immer weitergehende gesetzliche Durchformung der Rechtsverhältnisse zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern vorgenommen. Ob man allerdings mit Niese, S. 37 ff., das Streikrecht als "Fehderecht" bzw. "Selbsthilferecht" ansehen muß, "da es nicht gelang, die soziologische Wandlung vom Wirtschaftsindividualismus zum -kollektivismus rechtlich zu bewältigen", wage ich zu bezweifeln. Das Wesen des Streiks scheint mir nicht so sehr im "Selbsthilferecht" als "Selbstbedienungsmöglichkeit" gewissermaßen zu liegen, vielmehr kann der Streik heute als anerkanntes Regulativ unserer marktwirtschaftlichen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung, wie sie insbesondere in Art. 9, 12 und 14 GG vorgezeichnet ist, gelten, dem diese Funktion ganz bewußt zuerkannt wird, da man zu Recht auch auf dem Gebiete des Arbeitsmarkts die Möglichkeit freier Vereinbarungen zwischen Anbietern und Nachfragern einer starren rechtlichen oder sonstigen staatlichen ("planwirtschaftlichen") Regelung vorzieht. Damit sei indessen nicht verkannt, daß jeder Streik einen schwerwiegenden Eingriff in die Gesamtwirtschaft bedeutet und er ist auch heute noch keineswegs "sozialüblich".

Beste fürs Ganze und für den einzelnen dann zu erzielen ist, wenn man die wirtschaftlichen Interessengegensätze sich selbst überläßt. "Man erwartet in diesem Kraftfeld vom freien Kampf der Kräfte den gesündesten Ausgleich, und deshalb soll in diesem Kampf auch der Einsatz des Zwangs ausnahmsweise erlaubt sein."[198] Aber der Streik ist deshalb noch lange nicht ein selbstverständliches Mittel zur Durchsetzung von Arbeitnehmerinteressen, sondern immer die Ausnahme, die "ultima ratio", der letzte Ausweg, wenn alle anderen Mittel erschöpft sind. Und so verstehen auch die Gewerkschaften selbst den Streik ! Damit aber handelt es sich beim Streik nur um eine von der Rechtsordnung hingenommene, die tatbestandsmäßige Nötigung rechtfertigende Ausnahmeerscheinung, nicht um ein "völlig harmloses", übliches, "sozialadäquates" Mittel der Arbeitsrechtsordnung.[199]

Aber auch die vielgebrauchte Floskel vom "sozialadäquaten Streik" hat eben deshalb keine Berechtigung. Kein Streik ist von vorneherein "sozialadäquat" ! Zu viele Faktoren spielen eine Rolle, um feststellen zu können, ob ein Streik die von der Rechtsordnung geforderten strengen Voraussetzungen wirklich erfüllt und damit rechtmäßig ist, als daß mit dem ungenauen Begriff der Sozialadäquanz eine wissenschaftlich sinnvolle Abschichtung vorgenommen werden könnte. Der Ausdruck "sozialadäquater Streik" sollte daher besser vermieden werden.

---

198) Niese, S. 38.

199) Sehr deutlich sagt das etwa Nikisch, Streikrecht, S. 17 f. : "Aber es heißt diesen Sachverhalt doch stark entstellen,wenn man den Arbeitskampf deshalb als ein Instrument zur Herbeiführung von Tarifverträgen ausgibt, das sich bestens in den Rahmen der kollektiven Ordnung der Arbeit einfüge. Diese Ordnung beruht auf dem Zusammenwirken, nicht auf dem Kampf der Sozialpartner...Der Arbeitskampf ist nicht das von der Arbeitsrechtsordnung selbst vorgesehene und gebilligte Mittel zur Austragung von Gesamtstreitigkeiten und kann es nicht sein. Denn von allen denkbaren Möglichkeiten, zu einer vernünftigen und gerechten Regelung der Arbeitsbedingungen zu gelangen, ist er die ungeeignetste...Der Arbeitskampf ist hiernach nicht ein Teil der kollektiven Ordnung des Arbeitslebens, sondern eine Störung dieser Ordnung, die in einer von liberalen Grundsätzen getragenen Arbeitsverfassung zwar nicht verboten werden kann, die aber besonders zu erleichtern und von allen Hemmungen zu befreien kein Anlaß besteht."

III. Die Rechtswidrigkeit des arbeitsrechtlichen Streiks gemäß §§ 240, 253 StGB

1.) Das verfassungsrechtlich garantierte Streikrecht als Rechtfertigungsgrund?

Anzuknüpfen ist hier an das S.15 gefundene Ergebnis, daß spätestens seit dem Inkrafttreten der sog. "Notstandsgesetze" des Jahres 1968 in der Bundesrepublik Deutschland nicht lediglich eine "faktische Streikfreiheit" besteht, sondern daß vielmehr das Streikrecht verfassungsrechtlich gewährleistet ist. Bereits dort hatten wir jedoch festgestellt, daß dieses Streikrecht nur für den Streik gewährt ist, der "zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" geführt wird (sog. "wirtschaftlicher" Streik im Gegensatz zum "politischen" Streik) und daß den Beamten wegen Art. 33 V GG ein Streikrecht nicht zusteht.

Hat damit aber jeder arbeitsrechtliche "wirtschaftliche" Streik als Rechtfertigungsgrund im Sinne des strafrechtlichen Deliktsaufbaus dieses verfassungsrechtlich garantierte Streikrecht zur Seite? Zunächst möchte man diese Frage wohl bejahen; denn welchen Sinn hätte es, ein Grundrecht in der Verfassung zu gewähren, das dann doch durch einfaches Gesetz in seinem Umfang und der Möglichkeit seiner Ausübung wieder eingeschränkt werden könnte, ja dessen Ausübung vielleicht sogar strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen könnte? Liegt nicht der entscheidende juristische Fortschritt des Erstarkens der "faktischen Streikfreiheit" zum "verfassungsrechtlich garantierten Streikrecht" doch gerade darin, daß dieses Streikrecht nun nicht mehr durch den einfachen Gesetzgeber infrage gestellt werden kann? Und wäre es nicht - nachdem schon die Sozialadäquanz des Streiks mit tatbestandsausschließender Wirkung verneint wurde - nunmehr höchste Zeit, bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit klarzustellen, daß das verfassungsmäßig garantierte Streikrecht für strafrechtliche Sanktionen keinen Raum läßt?

a) So einfach liegen die Dinge jedoch nicht. Auch Grundrechte gelten nicht schranklos. Das ist allgemein anerkannt.[200] Dabei

---

200) Siehe statt vieler v.Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Band I, 1966, S. 120 ff.

ist Fechner[201] durchaus Recht zu geben, wenn er meint, daß schon in den Fällen der ausdrücklichen Regelung der Einschränkung bzw. Einschränkbarkeit von Grundrechtsbestimmungen[202] sich mehr oder weniger deutlich bereits in den Formulierungen eine "höchst beunruhigende Fragwürdigkeit", eine "Zwielichtigkeit der Grundrechte", eine "beunruhigende Spannung" zeige, die bei Betrachtung der in Art. 1 II GG ausgesprochenen Unverletzlichkeit und Unveräußerlichkeit der Grundrechte nur noch unterstrichen werde - eine "Fragwürdigkeit, die aus dem Widerspruch zwischen Garantie und Nichtrealisierbarkeit der Grundrechte hervorgeht". Am meisten falle dies dort ins Auge, wo die Feststellung des Rechtes und seiner Einschränkung bzw. Einschränkbarkeit in besonderen Absätzen eines Grundgesetzartikels erfolge; hier erwecke nämlich die Selbständigkeit des ersten Absatzes sozusagen die Illusion der uneingeschränkten Geltung, die erst beim Weiterlesen enttäuscht werde. Indessen gibt es nicht nur diese im Grundgesetz selbst ausdrücklich genannten Schranken für die Grundrechte, es gibt - noch "beunruhigender" im Sinne Fechners - noch andere, "ungeschriebene". Es gilt daher im folgenden, die für alle Grundrechte - und speziell gerade für das Streikrecht - geltenden Schranken zu bestimmen.[203]

Zunächst sind die bereits erwähnten Fälle[204] anzuführen, in denen das Grundgesetz jeweils sogleich ausdrücklich zum Ausdruck bringt, daß diese Grundrechtsbestimmungen einschränkbar sind und ihnen also insoweit die uneingeschränkte Verwirklichung versagt bleiben muß. Schranken der Grundrechtsbestimmungen ergeben sich aber, ohne ausdrücklichen Hinweis darauf im Grundgesetz, auch bereits aus der Art und Weise der verfassungsrechtlichen Gewährleistung (sog. "inhärente" oder "immanente" Schranken). So gelangt man zu der Unterscheidung zwischen Gewährleistungs- und Vorbehaltsschranken.

---

201) Erich Fechner, Die soziologische Grenze der Grundrechte, Tübingen 1954, S. 1-4.

202) Sei es in einem Nachsatz (so Art. 2 I) oder in einem besonderen Satze desselben Absatzes (so Art. 2 II und 14 I) oder in einem eigenen Absatz (so Art. 5 I mit II, 8 I mit II, 11 I mit II, 13 I mit II und III).

203) Die folgende Darstellung beschränkt sich bewußt auf die wesentlichen Gesichtspunkte ohne auf Detailfragen eingehen zu können. Siehe aber die ins einzelne gehende Darstellung bei v.Mangoldt-Klein, a.a.O., S. 120 ff.; ferner: Maunz, Deutsches Staatsrecht 22. Aufl., S. 118 ff.; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Auflage, Rdn. 19 ff. Vorb. vor Art. 1.

204) Siehe Fußnote 202.

aa) Gewährleistungsschranken sind solche Schranken, die in der Art und Weise ihrer verfassungsrechtlichen Gewährleistung selbst enthalten sind.[205] Diese Gewährleistung beschränkt sich selbst entweder auf einen bestimmten sachlichen Inhalt des Grundrechts (sachliche Gewährleistungsschranken) oder auf einen bestimmten Kreis von Personen als die aus ihnen Berechtigten (persönliche Gewährleistungsschranken). Sachliche und persönliche Gewährleistungsschranken unterteilen sich jeweils weiter danach, ob die Gewährleistungsschranke in der Einzelgewährleistung des betreffenden Grundrechts enthalten ist (immanente Gewährleistungsschranke) oder ob sie aus dem System der Grundrechtsbestimmungen folgt (systematische Gewährleistungsschranke).

Danach wird also jedes Grundrecht zunächst durch "immanente sachliche Gewährleistungsschranken", nämlich den Begriff des gewährleisteten Objekts (z.B. Glauben, Gewissen, Religion, Kunst, Wissenschaft, Verein, Eigentum, Erbrecht usw.), eingeschränkt. Diese immanenten sachlichen Gewährleistungsschranken müssen gesondert für jede Grundrechtsbestimmung ermittelt werden, wobei auch ihrer geistesgeschichtlichen Entwicklung Bedeutung zukommt.[206] In Fällen, in denen ein Grundrecht in Verbindung mit einem gesellschaftlichen Sachverhalt gewährleistet ist, wird bei der Begriffsbestimmung des Grundrechts der Begriff des gleichzeitig mitgarantierten gesellschaftlichen Sachverhalts ermittelt und so auch der Begriff der Grundrechtsbestimmung festgelegt.[207]

So deckt z.B. die Religions- und Weltanschauungsfreiheit des Art. 4 I und II nicht rein politisch-ideologische Anschauungen, die Freiheit der Wissenschaft und Forschung des Art. 5 III hat die echte Wahrheitsfindung als immanente Schranke.

Weiterhin werden die Grundrechte durch systematisch sachliche Gewährleistungsschranken, nämlich aus dem gegenseitigen Verhältnis der entsprechenden Grundrechtsbestimmungen zueinander sachlich eingeschränkt. Als wichtiges Beispiel hierfür sei das Verhältnis zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten erwähnt. Je mehr Raum der Staat dem einzelnen zur freien Entwicklung und Entfaltung

---

205) Zu der Frage, daß es nach reiner Logik keine eigentlichen "Schranken" der Grundrechtsbestimmungen gibt, sondern nur Begriffe derselben, die ihre Ausprägung erst durch gesetzgeberische Maßnahmen des einfachen Gesetzgebers, durch Maßnahmen der Verwaltungsbehörden und Gerichte, durch Auslegung usw. erhalten, siehe v.Mangoldt-Klein, a.a.O., S. 122, die hierzu ausführen:"Diese verschiedenartigen Festlegungen der Begriffe der Grundrechte usw. sind aber von jeher als deren 'Schranken' bezeichnet worden."

seiner Persönlichkeit einräumt, um so ungleicher wird das Verhältnis der einzelnen zueinander; umgekehrt kann der Staat der Forderung nach Gleichheit nur genügen, wenn er einschneidend in die Freiheit der einzelnen eingreift. Das Freiheitsrecht findet seine Begrenzung im Gleichheitsrecht, und umgekehrt.

Ein wichtiger Beispielsfall für "persönliche Gewährleistungsschranken"[208] findet sich schließlich in den sog. "Besonderen Gewaltverhältnissen", in denen bestimmte Menschen - etwa Beamte, Soldaten, Studierende, Schüler, Angehörige oder Benützer öffentlicher Anstalten - stehen. Jeder der einem solchen Besonderen Gewaltverhältnis unterliegt, hat während der Dauer seiner Zugehörigkeit (u.U. auch noch danach) zu diesem gewisse Grundrechte überhaupt nicht oder ist zumindest in der Ausübung dieser Rechte dauernd oder vorübergehend eingeschränkt.

bb) Neben den soeben erörterten Gewährleistungsschranken stehen des weiteren die bereits genannten Vorbehaltsschranken, die den als feststehend angenommenen Inhalt eines Grundrechts einengen. Es gibt verfassungsunmittelbare und verfassungsmittelbare Vorbehaltsschranken.

Verfassungsunmittelbare Vorbehaltsschranken sind Einschränkungen eines Grundrechts durch ausdrückliche Regelungen in den Grundrechtsbestimmungen selbst; ihre einschränkende Wirkung ergibt sich unmittelbar aus der Verfassung, durch die Verfassung.

Verfassungsmittelbare Vorbehaltsschranken sind Grundrechtseinschränkungen durch Gesetze, Verwaltungsmaßnahmen oder Gerichtsentscheidungen, die ihrerseits auf entsprechenden ausdrücklichen Vorbehalten in der Verfassung beruhen; ihre einschränkende Wirkung ergibt sich nur mittelbar aus der Verfassung, aufgrund der Verfassung.

Wichtigster Fall für verfassungsunmittelbare Vorbehaltsschranken ist der sog. "allgemeine Gemeinschaftsvorbehalt", nämlich die in Art. 2 I GG genannten Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz. Daß die in Art. 2 I GG ge-

---

206) Siehe BVerfGE 38, 386 (393) : "...soweit Art. 9 III GG ein Recht zur Aussperrung garantieren sollte, ist der geschützte Bereich unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung abzugrenzen..."

207) v.Mangoldt-Klein, a.a.O., S. 124.

208) Auf die immanent persönlichen bzw. systematisch persönlichen Gewährleistungsschranken sei hier allgemein nicht weiter eingegangen, da sie für unsere weitere Untersuchung nicht wesentlich sind; vgl. aber v.Mangoldt-Klein, a.a.O., S. 127 f. mit Beispielen.

nannten Grenzen für alle Grundrechte gelten, ergibt sich aus einer Gesamtsicht aller im Grundgesetz gewährten Grundrechte. So hat das BVerfG bereits früh ausgeführt[209]: "Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Indiviuum-Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten. Das ergibt sich insbesondere aus einer Gesamtsicht der Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 20 GG. Dies heißt aber : der einzelne muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht, vorausgesetzt, daß dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt."

Die verfassungsmittelbaren Vorbehaltsschranken sind in den jeweiligen Bestimmungen durch Zusätze wie "in diese Rechte darf nur aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden" oder "das Nähere regelt ein Bundesgesetz" oder "kann durch Gesetz geregelt werden" usw. gekennzeichnet und ermächtigen den Gesetzgeber, innerhalb der Schranke des Art. 19 II GG ("Wesensgehaltsgarantie"), das betreffende Grundrecht aus Gründen des allgemeinen Wohls einzuschränken. Dem - eben erwähnten - sog. "allgemeinen Gesetzesvorbehalt" steht der sog. "spezielle Gesetzesvorbehalt" gegenüber, wonach das Grundrecht nicht in jeder Beziehung, sondern nur aus bestimmten, im Grundgesetz selbst genannten Gründen durch den Gesetzgeber eingeschränkt werden kann (z.B. in Art. 8 und 11 GG).

b) Soweit dieser kurze systematische Überblick über die Schranken der Grundrechte. Wir erkennen daraus nun zum einen, daß es sich bei den bereits festgestellten Fällen, in denen kein verfassungsmäßig gewährleistetes Streikrecht besteht - nämlich Beamtenstreik und "politischer Streik" - systematisch um Fälle einmal der "persönlichen Gewährleistungsschranken", wegen der Bestimmung des Art. 33 V GG aber auch der "verfassungsunmittelbaren Vorbehaltsschranken" (Beamtenstreik) handelt, zum anderen um einen Fall "immanenter sachlicher Gewährleistungsschranken"[210] ("politischer Streik"). Darüberhinaus erleichtert diese Systematik

---

209) BVerfGE 4, 7 (15); im gleichen Sinne BVerfGE 27, 251; 30, 21; 32, 379.

210) Da in Art. 9 III GG nur von Arbeitskämpfen "zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" die Rede ist, muß angenommen werden, daß diese ausdrückliche Gewährleistungsschranke auch für das von uns bezüglich der Regelung des Art. 9 III 3 GG als "logisch präexistent" angenommene Streikrecht gilt. Vgl. hierzu noch einmal oben S.11 ff.

aber auch die Einordnung der anschließend im einzelnen zu bestimmenden verfassungsrechtlichen Grenzen des Streikrechts. Da das von uns aus der Regelung des Art. 9 III GG abgeleitete verfassungsmäßig garantierte Streikrecht[211] nicht ausdrücklich in der Verfassung beschrieben wird, scheiden naturgemäß ebenso ausdrücklich in der Verfassung bezeichnete Schranken dieses Grundrechts aus; wir werden also keine "verfassungsmittelbaren Schranken" im Sinne der vorstehend entwickelten Schrankensystematik der Grundrechte finden. Dagegen spielen "immanente sachliche Gewährleistungsschranken" sowie "verfassungsunmittelbare Vorbehaltsschranken" (letztere in Form des sog. "allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalts", d.s. die in Art. 2 I GG genannten Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz) eine umso größere Rolle.

Die dem im Grundgesetz gewährleisteten Recht zum "wirtschaftlichen Streik" gesetzten Schranken lassen sich im wesentlichen in dreifacher Hinsicht beschreiben:

aa) Nur der gewerkschaftlich organisierte, tarifvertragsbezogene Streik ist verfassungsrechtlich gewährleistet.

aaa) Nur der gewerkschaftlich organisierte Streik ist garantiert. Dies folgt daraus, daß der Streik nur als Kampfmittel der Arbeitnehmervereinigungen geschützt ist (Art. 9 III 3 GG : "Maßnahmen ... dürfen sich nicht gegen Arbeitskämpfe richten, die ... von Vereinigungen im Sinne des Satzes 1 geführt werden.") - "immanente sachliche Gewährleistungsschranke". Der Grund für diese Regelung liegt auf der Hand : einesteils wollte man selbst in den "Notstandsfällen" die Tarifautonomie durch hoheitliche Eingriffe unangetastet lassen, andererseits mußte sichergestellt bleiben, daß nicht durch "wilde Streiks" in beliebigem Umfange in derartigen Notsituationen chaotische Zustände entstehen können, ohne daß der Staat eine Handhabe zum Eingreifen hätte!

Nun ist Reuß[212] und Ramm[213] durchaus zuzustimmen, wenn sie meinen, daß es nicht notwendigerweise eine Gewerkschaft sein müsse, die von Arbeitnehmerseite Arbeitskampfmaßnahmen legaler-

---

211) Vgl. oben S. 11 ff.
212) AuR 65/99.
213) AuR 64/361.

weise androhen und durchführen darf[214]." Auch Zusammenschlüsse anderer Art, insbesondere solche, deren selbstgewählte Aufgabe sich auf die Erreichung eines bestimmten konkreten einzelnen Zieles beschränkt, genießen die Arbeitskampffreiheit zur Ermöglichung der Durchsetzung ihres von der Koalitionsfreiheit gedeckten kollektiven arbeitsrechtlichen Zieles, wenn die Organisation eine verantwortliche Leitung hat. Tarifverträge kann eine solche Koalition zwar nicht abschließen und mithin auch nicht anstreben. Aber zur Erreichung andersartiger Forderungen können ad-hoc Organisationen durchaus in Frage komme; natürlich immer nur, soweit sie nicht aus anderen Gründen etwa rechtswidrig handeln[215] ..."[216]

Insoweit wendet sich Reuß auch nicht ganz zu Unrecht gegen die Rechtsprechung des BAG[217], die den nicht von einer Gewerkschaft geführten sog. "wilden Streik" schlichtweg für rechtswidrig ansieht, und er weist zu Recht darauf hin, daß für eine Leugnung eines "Streikmonopols" der Gewerkschaften u.a. der Gesichtspunkt spreche, daß kollektive Interessen der Arbeitnehmer denkbar sind, deren Verwirklichung sich nicht mit den organisationspolitischen Interessen der Gewerkschaft deckt. "Soll die kampfweise Durchsetzung legitimer Arbeitnehmerinteressen nur daran scheitern dürfen, daß diese Arbeitnehmerinteressen nicht zugleich organisationspolitische Gewerkschaftsinteressen sind?"[218]

Hier müssen indessen zwei Dinge klar auseinandergehalten werden : was ist zulässig im Sinne eines "faktischen Freiheitsraumes" und was ist verfassungsrechtlich im Sinne eines Grundrechtes gewährleistet? [219] Es mag in Ausnahmefällen durchaus ein Bedürfnis geben, entgegen der Rechtsprechung des BAG und

---

214) Als Beispiel nennt Reuß, a.a.O., S. 99 den Fall, daß unter Streikdruck die Abschaffung einer vom Arbeitgeber einseitig eingeführten Torkontrolle mit stichprobenweiser Taschenprüfung gefordert wird. "Es dürfte kaum zweifelhaft sein, daß wegen einer solchen Forderung bei Erfüllung aller sonstigen Legalitätsvoraussetzungen ein Arbeitskampf zulässig wäre, d.h. daß er nicht allein aus dem Grunde illegal wäre, weil die Einstellung der Taschendurchsuchung eine nicht in einem Tarifvertrag zu regelnde Forderung wäre."

215) So kann z.B. wegen § 74 II BVG (früher: § 49 II BVG a.F.) der Betriebsrat oder die Belegschaft unter Führung des Betriebsrates nicht als solche arbeitskampffähige ad-hoc-Organisation anerkannt werden.

216) Reuß, a.a.O., S. 99.

217) Nachweise bei Reuß, a.a.O., Fußnote 26 und 27; diese Rspr. ist inzwischen fortgesetzt worden, vgl. etwa BAG, NJW 1970, 486.

218) Reuß, a.a.O., S. 100.

219) Vgl. hierzu oben S.6 ff.

der wohl h.M.[220], auch "wilde Streiks" in einem gewissen (sicher sehr eng zu bemessenden) Rahmen anzuerkennen; nur sind derartige "wilde Streiks" eben nicht im Sinne eines verfassungsmäßigen Streikrechtes gewährleistet, vielmehr ist die Rechtslage insoweit allenfalls (d.h. soweit nicht Rechtswidrigkeit angenommen wird) die gleiche, wie sie nach h.M. vor dem Inkrafttreten der "Notstandsgesetze" für den Streik insgesamt galt : es besteht insoweit höchstens eine Streikfreiheit, keinesfalls jedoch ein Streikrecht im Sinne einer verfassungsmäßigen Gewährleistung.

Dieses Ergebnis ist aus den eingangs genannten Gründen unabweisbar. Wie schon in Fußnote 210 hinsichtlich des "politischen Streiks" ausgeführt, so trifft auch hier zu, daß die in Art. 9 III 3 GG ausdrücklich genannte Einschränkung auf "Arbeitskämpfe von Vereinigungen im Sinne des Satzes 1" auch für das Streikrecht allgemein gelten muß; denn das von uns aus der "Spezialregelung" des Art. 9 III 3 GG als "logisch präexistent" abgeleitete Streikrecht[221] kann in seinem Umfang nicht weiter bestehen, als die verfassungsrechtliche (Sonder-)Regelung es umschreibt, aus der es abgeleitet ist. Bei der Formulierung der "Spezialregelung" des Art. 9 III 3 GG mußte man aber aus den erwähnten Gründen die sog. "wilden Streiks" ausnehmen.

Demgegenüber kann das Argument von Hamann[222] nicht durchschlagen, da Art.9 III GG nicht nur für Verbände im Sinne des § 2 TVG gelte, sei auch der nicht gewerkschaftliche "wilde Streik" grundgesetzlich geschützt.[223] Natürlich bezieht Art. 9 III 3 GG sich nicht auf § 2 TVG, aber gerade die spezifische Situation des Art. 9 III 3 GG bedingt, wie dargelegt, daß nicht beliebige "wilde Streiks", sondern nur Streiks zwischen den Tarifparteien grundgesetzlich gewährleistet sind. Im Ergebnis mag freilich bedauerlich sein, daß auf diese Weise tatsächlich eine

---

220) Nachweise bei Hueck-Nipperdey, II/2, S. 1006 Fußnote 34 q.
221) Vgl. hierzu oben S.11 ff.
222) Anm. B 8 b,bb) zu Art. 9.
223) Hamann, a.a.O., zitiert auch zu Unrecht Ramm und Reuß für seine Meinung. Die Arbeiten der beiden Genannten stammen aus den Jahren 1964 und 1965, so daß sie zu den spezifisch verfassungsrechtlichen Fragen aus Art. 9 III 3 GG (erst 1968 geändert!) gar nichts beitragen können. Im übrigen sei Reuß und Ramm durchaus weitgehend Recht gegeben, siehe den vorherigen Text.

Art "Streikmonopol" der Gewerkschaften geschaffen wird.[224] Doch ergibt sich dies letztlich als zwingende Konsequenz daraus, daß unsere Verfassung eben kein ausdrückliches Streikrecht normiert hat, sondern wir über eine Spezialbestimmung (mit spezifischer Regelungssituation) ein derartiges Streikrecht nur ableiten können.[225]

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, daß auch Seiter, der das Streikrecht nicht aus Art. 9 III 3 GG ableitet, sondern in Art. 9 III 1 GG bzw. 2 I GG verankern will[226] die "außerordentliche Bedeutung" des Art. 9 III 3 GG für das allgemeine Arbeitskampfrecht gerade in dieser Frage hervorhebt.[227] Dadurch, daß der Grundgesetzgeber keine Bedenken gesehen habe, die notstandsrechtliche Privilegierung nur den von Verbänden geführten Arbeitskämpfen zukommen zu lassen, habe er verbandsgeführte und verbandsfreie Arbeitskämpfe ungleich behandelt und damit gleichzeitig zu erkennen gegeben, daß auch außerhalb des Teilbereichs des Notstands eine verfassungsrechtliche Höherbewertung des Verbandskampfes angenommen werden kann. Wörtlich führt er an anderer Stelle

---

224) Wenn man es recht bedenkt, wäre es wohl auch nicht einfach, in der Verfassung auch "wilde Streiks" zu garantieren. Denn feststeht, daß gerade der "wilde Streik" nur in engen Grenzen zulässig sein kann. Eine Bestimmung seiner Schranken in der Verfassung selbst scheidet somit fast aus; es bleibt also nur der sog. Gesetzesvorbehalt, d.h. es müßte durch den (einfachen) Gesetzgeber bestimmt werden, unter welchen näheren Voraussetzungen der "wilde Streik" zulässig ist. Ob eine derartige gesetzliche Regelung machbar, praktikabel und überhaupt wünschenswert ist, steht dann doch wohl auf einem anderen Blatt - Aufgabe der Gewerkschaften freilich ist es, die "materiellen Arbeitnehmerinteressen" über die Verfolgung spezifischer "Verbandsinteressen" zu stellen. Je mehr dies gelingt, desto weniger Bedürfnis für "wilde Streiks" wird bestehen. Sonst hätte am Ende Reuß, a.a.O., S. 100, Recht, wenn er sagt: "Die Arbeitskampffreiheit ist nach unserer Rechtsordnung als Instrument zur Durchsetzung von materiellen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen anerkannt, nicht als Instrument zur Verfolgung von Verbandsinteressen, ggf. sogar gegen die Interessen der Betroffenen!"

225) So auch Model-Müller, Anm. 4 A zu Art. 9: "Weil der Streik als Kamfpmittel der Arbeitnehmervereinigungen geschützt ist, folgt, daß nur der gewerkschaftlich organisierte Streik verfassungsmäßig ist. Auch dieser Streik muß der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen, doch besteht bei einem von der Gewerkschaft geführten Streik eine Vermutung dafür (BAG in NJW 1973, 1994)."

226) Vgl. oben S. 15.

227) Seiter, a.a.O., S. 75.

aus: "Die Bedenken gegen ein gewerkschaftliches Streikrechtsmonopol hat der Verfassungsgeber selbst mit der Notstandsregelung des Art. 9 III 3 GG zerstreut."[228]

bbb) Die verfassungsmäßige Garantie des Streikrechts gilt ferner nur für tarifvertragsbezogene Streiks ("immanente sachliche Gewährleistungsschranke"). Hier ist an das oben S. 102 Ausgeführte anzuknüpfen, wonach bei den "immanenten sachlichen Gewährleistungsschranken" eines Grundrechtes besondere Bedeutung gerade auch den gesellschaftlichen, aber auch rechtlichen Verhältnissen zukommt, so wie sie sich geschichtlich entwickelt haben und in die das gewährte Grundrecht gewissermaßen "hineingestellt" ist.[229] Dies muß umsomehr für das Streikrecht gelten, das ja nicht ausdrücklich im Grundgesetz gewährt wird, sondern dessen Existenz wir nur aus Art. 9 III 3 GG ableiten konnten. Gerade auch aus der soeben erörterten Einschränkung des Streikrechts auf die Gewerkschaften, die nun allerdings im Wortlaut des Grundgesetzes auch einen Niederschlag gefunden hat, muß ein Hinweis darauf entnommen werden, daß nicht beliebige Regelungen als Kampfziele anerkannt sein können, sondern nur das in der gesellschaftlichen Wirklichkeit sozusagen "typische" Ziel eines gewerkschaftlich organisierten Streiks, nämlich der Abschluß eines Tarifvertrags über Gegenstände, wie sie in § 1 TVG umschrieben sind. Mangels irgendwelcher gegenteiliger Anhaltspunkte ist also davon auszugehen, daß der Verfassungsgesetzgeber bei Einführung der Ergänzung des Art. 9 III GG durch Satz 3 den gegenwärtigen gesellschaftlichen und rechtlichen Zustand[230] still-

---

228) Seiter, a.a.O., S. 191.

229) Auch Seiter, S. 110, weist darauf hin, es sei auffällig, daß das BVerfG in seiner Rechtsprechung zu Art. 9 III 3 GG der geschichtlichen Entwicklung eine erhebliche Bedeutung beimißt.

230) Damit sind zumeinen Normen wie etwa § 1 TVG gemeint, zum anderen aber auch die herrschende Rechtsauffassung zu dieser Frage. Nach h.M. muß aber mit dem Streik ein tariflich regelbares Ziel verfolgt werden; vgl. z.B. Hanau-Adomeit, Arbeitsrecht, 5. Auflage, S. 71; Zöllner, Arbeitsrecht, 1977, S. 272 f.

schweigend als "immanente sachliche Grenze" mitübernommen hat.[231] Das bedeutet mit anderen Worten, daß der einzelvertragsbezogene, der betriebsbezogene und der betriebsvereinbarungsbezogene Arbeitskampf von der Garantie des Art. 9 III 3 GG nicht umfaßt werden.

bb) Das verfassungsrechtlich gewährleistete Streikrecht findet seine Schranke weiter an den Rechten anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und dem Sittengesetz (sog. "allgemeiner Gemeinschaftsvorbehalt", Art. 2 I GG). BVerfG und BAG haben immer wieder darauf hingewiesen, daß"Art. 9 Abs. 3 GG nur einen Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigung" garantiert;"er räumt den geschützten Personen und Vereinigungen nicht mit Verfassungsrang einen inhaltlich unbegrenzten

---

231) Ebenso Zöllner, a.a.O., S. 273, der wohl v.a. auf Gesichtspunkte der Verhältnismäßigkeit abstellt : "Das folgt daraus, daß sich mit ausreichender Überzeugungskraft eine derart weitreichende Koalitionsgarantie, wie der Arbeitskampf sie darstellt, nur für das Hauptmittel der Zweckverfolgung ableiten läßt."
Seiter, S. 122, der ein Streikrecht nicht aus Art. 9 III 3 GG, sondern aus Art. 9 III 1 GG und Art. 2 I GG herleitet (vgl. oben S. 15) vertritt die Auffassung, der Wortlaut des Art. 9 III 1 GG lasse nicht die Auslegung zu, daß die Koalitionen die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nur im Wege der tarifvertraglichen Vereinbarung wahren und fördern könnten; es sei daher nicht richtig, eine verfassungsmäßige Gewährleistung des Arbeitskampfes nur im Hinblick auf den Abschluß von Tarifverträgen anzunehmen. Das schließe allerdings nicht aus, den Tarifarbeitskampf durch spezielle Kampfinstrumente zu privilegieren, da dieser nach seiner tatsächlichen Verbreitung im Zentrum der koalitionsgemäßen Betätigung stehe und nur beim Tarifvertrag die Koalitionen selbst Vertragspartei seien.

und gesetzlich unbegrenzbaren Handlungsspielraum ein ..."[232]
Als Rechte anderer kommen hier insbesondere das "Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb"[233] (das unter die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG[234] fällt), die Menschenwürde Art. 1 I GG, die Unverletzlichkeit der Wohnung Art. 13 GG[235] und die sog. negative Koalitionsfreiheit Art. 9 III GG in Betracht.

Nun betrafen die vom BVerfG und BAG bisher entschiedenen Fälle praktisch ausnahmslos nicht Fälle des Arbeitskampfes[236], sondern sonstiger koalitionsmäßiger Betätigung, überwiegend hinsichtlich Mitgliederwerbung, Verteilung von Werbematerial im Betrieb u.ä. Die in diesen Entscheidungen getroffenen Einschränkungen dürfen jedoch - unter besonderer zusätzlicher Berücksichtigung des für den Streik vor allem zu berücksichtigenden Verhältnismäßigkeits-

---

232) BVerfGE 38, 386 (393); ebenso : BVerfGE 28, 295(305) : Art. 9 Abs. 3 schützt nur einen Kernbereich der Koalitionsbetätigung (BVerfGE 18, 18 (27); 19, 303 (321 f.), das gilt auch für die Mitgliederwerbung." BVerfGE 19, 303 (321) : "Ohne Beeinträchtigung von Art. 9 Abs. 3 kann also bestimmt werden, daß solche Tätigkeiten der Koalitionen im Bereich des Personalvertretungswesens unzulässig sind, die die Dienstausübung, die Erfüllung der dienstlichen Aufgaben und Pflichten und die Ordnung in der Dienststelle beeinträchtigen würden ... Art. 9 Abs. 3 schützt auch bei der Personalvertretung nur einen Kernbereich der Koalitionsbetätigung ..."
BAG,NJW 1967, 843 ff. : "Das sich unmittelbar aus Art. 9 Abs.3 GG ergebende Recht der Gewerkschaften zur Information und Werbung ist jedoch nicht uneingeschränkt ..."

233) Siehe hierzu etwa Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 37. Auflage Anm. 6 g zu § 823 (Thomas) und Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II Besonderer Teil, 11. Auflage, S. 558 ff.

234) Siehe etwa Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 4. Auflage, Rdn. 3 zu Art. 14 m.w.Nachw.

235) BAG, NJW 1967, 843 ff. : "Der Schutz des Art. 13 GG erstreckt sich über die Wohnung hinaus auch auf den Betrieb ...", m.w.Nachw.

236) BAG, NJW 1971, 1669 ff. bringt Ausführungen zum Arbeitskampf unter dem Gesichtspunkt des anschließend cc) noch zu besprechenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes; die weiteren Darlegungen des BAG betreffen indessen Probleme der Aussperrung.

grundsatzes[237] - auf die Fälle des Streiks übertragen werden, da für den Streik als "Kriegszustand zwischen den Sozialpartnern" mindestens die gleichen Schranken gelten müssen, wie für weit weniger "gefährliche", den Arbeitsfrieden weit weniger störende sonstige koalitionsmäßige Betätigung wie Mitgliederwerbung usw.[238]

Das Hauptproblem besteht nun darin, daß nicht allgemein gesagt werden kann, "wie weit das Streikrecht aus Art. 9 III GG" und "wie weit die ebenfalls geschützten Grundrechte der anderen Rechtsgenossen usw." gehen; vielmehr entscheidet gerade der Einzelfall in seiner ganz spezifischen Eigenart darüber, welches der kollidierenden Rechte bei der erforderlichen Abwägung das Übergewicht über das andere erhält.[239] Feststeht zunächst nur, daß das Koalitionsrecht und damit auch das Streikrecht keinesfalls in seinem Kernbereich angetastet werden darf und daß die gezogenen Schranken zum Schutze anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sein müssen.[240]

---

237) Siehe dazu anschließend cc).

238) Vgl. hierzu auch die von Seiter, S. 108 ff., vorgenommene "Ableitung von Direktiven aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts". Seiter kann freilich von seinem Ausgangspunkt aus, das Streikrecht in der Koalitionsfreiheit des Art. 9 III 1 GG (bzw. Art. 2 I GG) zu verankern, die Rechtsprechung zu Umfang und Grenzen koalitionsgemäßer Betätigung unmittelbar für das Streikrecht heranziehen.

239) BVerfGE 28, 295 (306): "Die Tätigkeit der Koalitionen beschränkt sich nicht auf die Individualsphäre des einzelnen Bürgers; sie ist von großer Bedeutung für die Sozial- und Wirtschaftsordnung des Gemeinwesens. Die Verfassung gewährleistet jedoch die Tätigkeit der Koalitionen nicht schrankenlos. Es ist Sache des Gesetzgebers und fällt in den Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit, die Tragweite der Koalitionsfreiheit dadurch zu bestimmen, daß er die Befugnisse der Koalitionen im einzelnen ausgestaltet und näher regelt. Dabei kann er den besonderen Erfordernissen des jeweils zu regelnden Sachbereichs Rechnung tragen."

240) BVerfG, a.a.O.: "Dem Betätigungsrecht der Koalitionen dürfen aber nur solche Schranken gezogen werden, die zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind (BVerfGE 19, 303(322)). Regelungen, die nicht in dieser Weise gerechtfertigt sind, tasten den durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Kernbereich der Koalitionsbetätigung an." BVerfGE 19, 303 (322): "Dieser Kernbereich wird angetastet und Art. 9 Abs. 3 GG ist verletzt, wenn der Werbung vor Personalratswahlen Schranken gezogen werden, die nicht von der Sache selbst gefordert werden, die also nicht geboten sind, um Sinn und Zweck freier Personalratswahlen (vgl. auch § 21 PersVG), die Erfüllung der dienstlichen Aufgaben, die Ordnung in der Dienststelle oder das Wohl der Bediensteten zu gewährleisten (vgl. BVerfGE 18, 18(27)). Ein generelles Verbot gewerkschaftlicher Werbung vor Personalratswahlen im Dienstbereich ist hiernach nicht gerechtfertigt."

Dabei sei Seiter[241] durchaus Recht gegeben, wenn er meint, es erscheine "zweifelhaft, ob mit der Kernbereichslehre mehr gewonnen ist als eine bildhafte Umschreibung des Problems der Bestimmung des Wesensgehalts bei Art. 9 III GG" und weiter die Auffassung vertritt, diese Lehre lasse offen, "welche Tätigkeitsbereiche im Kern geschützt sind und welche anderen Rechte oder Rechtsgüter geeignet erscheinen, die offenbar beweglichen Grenzen des Kernbereichs zu bestimmen."

Sehr instruktiv als Beispielsfall ist die Entscheidung des BAG, NJW 1967, 843 ff.[242] Das BAG führt zunächst aus, daß es "zum Kernbereich der verfassungsrechtlich den Koalitionen zugebilligten Werbe- und Informationsfreiheit gehört, auch und gerade im Betrieb ihre Mitglieder zu informieren und neue Mitglieder zu werben. Es gilt das Prinzip der Sachnähe." Dem stünden die Belange des Arbeitgebers nicht entgegen, da bei der Weitergabe gewerkschaftlichen Werbe- und Informationsmaterials das Eigentum des Betriebsinhabers, sein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und sein Direktionsrecht nicht oder doch nur äußerst geringfügig beeinträchtigt würden, solange der Ablauf der Arbeit und der Zu- und Abgang der Arbeitnehmer sowie die Erbringung der Arbeit nicht gestört werden. Sachliche und persönliche Mittel des Arbeitgebers würden nicht in Anspruch genommen, Art. 14 GG müsse deshalb gegenüber der Befugnis der Gewerkschaft aus Art. 9 III GG zurücktreten (Sozialbindung des Eigentums). Art. 13 GG, der sich über die Wohnung hinaus auch auf den Betrieb erstrecke, sei nicht beeinträchtigt, da die Verteiler sich befugt im Betrieb aufhielten. Das BAG fährt jedoch sodann einschränkend fort : "Kann somit eine Gewerkschaft ihr Werbe- und Informationsmaterial durch betriebsangehörige Mitglieder auch innerhalb des Betriebes verteilen lassen, so darf die Gewerkschaft von einer solchen Befugnis jedoch nur in einem näher bestimmten Umfang Gebrauch machen, der diese Befugnis im Ergebnis für den Betrieb auch tragbar sein läßt. Art. 9 III GG verleiht den Gewerkschaften keine unbeschränkten Befugnisse. Die Bestimmung ist eingeschränkt nicht nur durch die in ihr selbst enthaltenen Schranken, sondern auch durch das Sittengesetz und einen etwaigen Zusammenhang, in dem Art. 9 III GG zu den übrigen verfassungsrechtlichen Vorschriften steht..."

---

241) S. 112 f., 114.

242) Es ging um die Zulässigkeit der Verteilung von Werbe- und Informationsmaterial im Betrieb durch der Gewerkschaft angehörende Belegschaftsmitglieder während der Arbeitspausen.

Das BAG stellt schließlich insbesondere folgende Grenzen fest:

- die Koalition muß bei ihrer Werbetätigkeit auf den mit Art. 9 III GG anerkannten Koalitionspluralismus Rücksicht nehmen; d.h. sie darf gegen andere Koalitionen nicht in grob unwahrer oder hetzerischer Weise vorgehen oder es auf deren Vernichtung anlegen; dies insbesondere, da sonst leicht Unfrieden in den Betrieb hineingebracht wird und der reibungslose Arbeitsablauf gestört wird; dadurch würde aber in Abwägung des Verhältnisses beider Grundrechte zueinander der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz, der auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb umfaßt, unverhältnismäßig zugunsten des Rechts der Gewerkschaften aus Art. 9 III GG tangiert;
- die Betätigung der Koalition nach Art. 9 III GG muß sich auf die Regelung der Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen beschränken; das Werbe- und Informationsmaterial darf also insbesondere keinen parteipolitischen Inhalt haben; Informationen allgemeinpolitischen Inhalts sind durch Art. 9 III GG nur soweit gedeckt, als diese politischen Fragen mit der Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in unmittelbarem Zusammenhang stehen;
- die Betätigung im Betrieb zum Zwecke der Information und Werbung darf nicht gegen die negative Koalitionsfreiheit (sei sie aus Art. 9 III GG unmittelbar oder aus Art. 2 I GG abgeleitet)[243] der einzelnen Arbeitnehmer verstoßen; verboten ist ein "Bedrängen" der Arbeitskameraden, das über ein "gütiges Zureden" hinausgeht; eine derartige Überspannung der Informations- und Werbetätigkeit würde nach Ansicht des BAG auch gegen die Menschenwürde der Arbeitskollegen (Art. 1 GG) verstoßen; hierher gehört auch das Verbot eines unsachlichen Angriffs gegen Arbeitnehmer, die der Werbung Widerstand leisten, zumal dadurch auch der ordnungsgemäße Arbeitsablauf (Art. 14 GG zugunsten des Arbeitgebers) gestört würde;
- angesichts des Grundsatzes der Menschenwürde darf auch der Arbeitgeber durch die Information und Werbung nicht unsachlich angegriffen werden; unzulässig sind aber auch unsachliche Angriffe gegen die Arbeitgeberschaft als solche oder gegen den betreffenden Arbeitgeberverband; in Grenzfällen könnte derartiges Verhalten die in Art. 9 III GG auch ge-

---

243) Siehe dazu näher unten S. 148 ff.

währleistete positive Koalitionsfreiheit des Arbeitgebers und auch den Bestands- und Betätigungsschutz des Arbeitgeberverbandes beeinträchtigen, stets aber verletzen unsachliche Angriffe das Persönlichkeitsrecht des Arbeitgebers aus Art. 2 I GG;

- Information und Werbung für eine Gewerkschaft (oder Gewerkschaften überhaupt) dürfen ferner nicht durch den Betriebsrat als solchen erfolgen, da dadurch gegen dessen gesetzlich vorgeschriebene Neutralität verstoßen würde; die Beachtung dieser Schranke dient dem Wohle aller Arbeitnehmer des Betriebs und dem gesicherten Ablauf des Betriebsgeschehens.[244)]

---

244) Siehe zu dieser Einschränkung in persönlicher Hinsicht (die wohl aus dem "allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalt" - Art. 2 I GG - insbesondere den Rechten anderer herzuleiten ist) auch BVerfGE 28, 295(305). Nachdem das BVerfG ausdrücklich festgestellt hat, daß Art. 9 III GG verletzt wäre, wenn Gewerkschaftsmitgliedern grundsätzlich jede Werbung innerhalb der Dienststelle und Dienstzeit verboten würde (es ging um das Personalvertretungsgesetz), da sonst die Mitgliederwerbung erschwert und der Bestand der Gewerkschaft gefährdet würde, schränkt es jedoch ein, daß "Art. 9 Abs. 3 GG auch dann verletzt wäre, wenn den gewerkschaftlich organisierten Personalratsmitgliedern jegliche Betätigung für ihre Koalition untersagt wäre. Derart weitgehende Beschränkungen des Grundrechtes aus Art. 9 Abs. 3 GG ließen sich nicht zum Schutz anderer Rechtsgüter, wie z.B. die Wahrung des Friedens in der Dienststelle und des Vertrauens der Bediensteten in die Neutralität des Personalrats rechtfertigen; sie wären unzulässig. Es wäre jedoch mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar, wenn der Gesetzgeber den Personalratsmitgliedern die Pflicht auferlegen würde, jegliche Werbung von Mitgliedern für ihrer Koalition in der Dienststelle und während der Dienstzeit zu unterlassen ... Die Besonderheiten des Amtes der Personalratsmitglieder rechtfertigen es vielmehr, ihnen jegliche Mitgliederwerbung in der Dienststelle und während der Dienstzeit als Pflichtverletzung vorzuwerfen..."
Das BVerfG führt sodann zur Begründung weiter aus, daß der Personalrat in zahlreichen sozialen und personellen Angelegenheiten mitzuwirken oder mitzubestimmen (§§ 61, 62, 66 ff. PersVG) habe und diese Mitwirkung des Personalrats nur dann zu einer sinnvollen Gestaltung des Arbeitslebens beitragen könne, wenn der Personalrat gleichmäßig die Interessen aller Bediensteten vertritt und wenn das Vertrauen der Bediensteten in die Objektivität und Neutralität der Mitglieder des Personalrats nicht erschüttert werde.

Diese Ausführungen haben deutlich gezeigt, daß in dem "Spannungsfeld" der miteinander kollidierenden Rechte und Grundrechte immer wieder im Einzelfall eine sorgfältige Abwägung stattfinden muß, um die sachlich gebotene Grenze zwischen den beteiligten Rechten abzustecken. Dies hängt eben mit der Natur gerade der Grundrechte zusammen, daß sie zunächst vom Wortlaut her ("formell") einen weiten Rechtsraum eröffnen, aber gerade dadurch zwangsläufig zu einer "Kollision" mit den ebenfalls weit gefaßten Rechten anderer führen müssen, so daß erst durch Abwägung der kollidierenden Rechte der "materielle" Gehalt der Rechte im Einzelfall bestimmt werden kann.

Für unsere Frage nach den verfassungsmäßigen Schranken des Streikrechts können wir aber den oben zitierten Ausführungen des BAG und des BVerfG entnehmen, daß es sicher nicht durch das Streikrecht gedeckt wäre, wenn das, was als bloße Werbe- und Informationstätigkeit nicht mehr zulässig ist, gar durch Streik durchgesetzt werden sollte. So wäre es nicht mehr durch das Streikrecht aus Art. 9 III GG gedeckt (selbst wenn die streikende Koalition dies unter Berufung auf ihr Recht zur Förderung der Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen täte), wenn

- durch Streik eine andere Koalition aus dem Betrieb vertrieben werden soll: das Recht des Arbeitgebers aus Art. 14 GG (eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb als Bestandteil des Eigentums) verbietet es, daß der "Krieg der Koalitionen untereinander" in der Betriebssphäre ausgetragen wird; aber auch die Koalition, die vertrieben werden soll, wäre in ihrem Recht aus Art. 9 III GG verletzt (Koalitionspluralismus);
- durch Streik irgendwelche parteipolitische Informationen (oder auch allgemein-politischen Informationen, die keinen unmittelbaren Zusammenhang mit der Förderung der Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen haben) für die Arbeitnehmerschaft oder Betätigungsmöglichkeiten von bestimmten Parteien im Betrieb erzwungen werden sollen; der Arbeitgeber braucht eine derartige Störung des Arbeitsablaufs im Betrieb durch parteipolitische Informationen nicht hinzunehmen (Art. 14 GG);
- durch Streik bestimmte Arbeitnehmer gegen deren Willen und deren Widerstand zum Beitritt zu einer Gewerkschaft gezwungen werden sollen[245]; hier wären die zum Beitritt gezwungenen

---

245) Praktisch läuft das so ab, daß dem beitrittsunwilligen Arbeitskollegen gedroht wird, man werde seine Entlassung durch den Arbeitgeber fordern; der Arbeitgeber wird zur Entlassung des betreffenden Kollegen aufgefordert, widrigenfalls sein Betrieb bestreikt werde. Siehe im einzelnen unten S.146 ff.

Arbeitnehmer in ihrem Recht aus Art. 9 III GG (negative Koalitionsfreiheit), nach BAG auch aus Art. 1 GG (Menschenwürde), die Arbeitgeber in ihrem Recht aus Art. 14 GG verletzt (sachwidrige Störung des Arbeitsablaufs im Betrieb);

- während eines Streiks der bestreikte Arbeitgeber oder Arbeitgeberverband durch unsachliche, aufhetzende oder unwahre Behauptungen angegriffen wird; hier entfällt meist nicht das Streikrecht insgesamt, aber die Art und Weise der Streikdurchführung verletzt den Arbeitgeber in seinem Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I GG (nach BAG auch Art. 1 GG, Menschenwürde);
- der Betriebsrat einen Streik anzetteln oder aktiv unterstützen würde, da er damit gegen die mit seinem Amt zwingend verbundene Neutralität verstoßen würde; verletzt wäre auch hier v.a. Art. 14 GG zugunsten des Arbeitgebers, der eine derartige Störung des Betriebsfriedens nicht hinnehmen muß.

cc) Das verfassungsmäßig gewährleistete Streikrecht findet schließlich seine Grenze an dem Gebot der Verhältnismäßigkeit. Diese Schranke ist ebenfalls aus dem "allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalt" abzuleiten, insofern die Rechte anderer nicht mehr und nicht stärker beeinträchtigt werden dürfen, als der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dem, der ein Recht ausübt, zugesteht. Hier hat das BAG in seinem Beschluß des Großen Senats vom 21. 4. 1971[246] ausgeführt:

1.) Arbeitskämpfe (und damit Streiks) dürfen nur insoweit eingeleitet und durchgeführt werden, als sie zur Erreichung rechtmäßiger Kampfziele und des nachfolgenden Arbeitsfriedens geeignet und sachlich erforderlich sind; jede Arbeitskampfmaßnahme darf nur nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten ergriffen werden; der Arbeitskampf muß das letzte mögliche Mittel ("ultima ratio") sein, weshalb auch ein Schlichtungsverfahren erforderlich ist.
2.) Auch bei der Durchführung des Arbeitskampfes selbst ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten: die Kampfmittel dürfen ihrer Art nach nicht über das hinausgehen, was zur Durchsetzung des jeweils erstrebten Zieles jeweils erforderlich ist; also unterliegen nicht nur Zeitpunkt und Ziel, sondern auch die Art der Durchführung und die Intensität des Arbeitskampfes dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit; der

246) NJW 1971, 1668.

Arbeitskampf muß "fair" bleiben, er darf insbesondere nicht auf Vernichtung des Gegners abstellen, sondern er hat den gestörten Arbeitsfrieden wiederherzustellen.

3.) Nach Beendigung des Arbeitskampfes erfordert das Gebot der Verhältnismäßigkeit, daß beide Parteien sobald wie möglich und in größtmöglichem Umfang den Arbeitsfrieden wiederherstellen.

Auch hier ist es, fast mehr noch als bei der unter bb) besprochenen Schranke des Streikrechts Sache der konkreten Rechtsanwendung, mit Hilfe der eben skizzierten "Formeln" den "materiellen Gehalt" des Streikrechts und damit seiner verfassungsmäßigen Schranken zu bestimmen.

c) Es läge nun nahe, konkrete Fallgruppen und dergleichen zu bilden und zu diskutieren. Indessen müssen wir uns an dieser Stelle auf den Ausgangspunkt unserer hier angestellten Überlegungen besinnen. Letztlich wollen wir herausfinden, wie im Falle des arbeitsrechtlichen Streiks, der ja den Tatbestand der Nötigung, § 240 StGB, erfüllt, die Rechtswidrigkeit im Sinne des strafrechtlichen Deliktsaufbaus zu bestimmen ist. Es lag nahe, sich auf das verfassungsrechtlich garantierte Streikrecht aus Art. 9 III GG zu berufen und hieraus einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund für den Streik zu gewinnen. Eine genauere Untersuchung hat jedoch schnell gezeigt, daß das "Grundrecht Streikrecht" - so paradox dies klingen mag - gerade weil es ein Grundrecht ist, sich keineswegs so klar und festumrissen darstellt, daß es ohne weiteres wie einer der zahlreichen geläufigen Rechtfertigungsgründe, etwa Notwehr oder Einwilligung usw., angewendet werden könnte. Vielmehr unterliegt das verfassungsrechtlich garantierte Streikrecht einer Vielzahl von Einschränkungen, die zudem ihrerseits wiederum nicht engumschrieben sind, sondern eher Generalklauselcharakter tragen. Damit ist die Erwartung, aus dem verfassungsrechtlich garantierten Streikrecht einen praktikablen Rechtfertigungsgrund gewinnen zu können, zunächst eigentlich recht gründlich enttäuscht worden.

2.) Die Relationsformel der §§ 240 II, 253 II StGB

Unsere Untersuchungen und ihr Ergebnis haben aber, so meine ich, den Blick geschärft für ein nunmehr zu erörterndes Problem bei dem "Rechtfertigungsgrund Streik". Im allgemeinen ist es nicht allzu schwer, bei den für das Strafrecht maßgebenden "gebräuch-

lichen" Rechtfertigungsgründen deren Grenzen zu bestimmen. Zwar werden auch dort zahlreiche Streitfragen durchaus unterschiedlich beantwortet, insgesamt läßt sich aber doch feststellen, daß "in allen diesen Fällen...die Problematik verhältnismäßig einfach" liegt, "weil diese Rechtfertigungsgründe wiewohl nicht ausschließlich 'strafrechtliche', doch zu den Straftatbeständen in einer sehr engen, gleichsam direkten Beziehung stehen."[247] Bei dem"Rechtfertigungsgrund Streik" liegen die Dinge jedoch komplizierter.

a) Auszugehen ist von der Regel der §§ 240 II bzw. 253 II, wonach der Streik, der eine tatbestandsmäßige Nötigung darstellt, dann rechtswidrig ist, wenn die Androhung des Übels, also beim Streik die Drohung, die Arbeit kollektiv niederzulegen oder kollektiv nicht wiederaufzunehmen, zu dem angestrebten Zweck als "verwerflich" anzusehen ist. "Verwerflich" bedeutet dabei, daß auf den Genötigten ein unangemessener, sozialethisch in besonderem Maße zu mißbilligender Motivationsdruck ausgeübt wird.[248] Die Eigenart bei § 240 als "offener Tatbestand" führt nun dazu, daß dann, wenn bei einer Nötigung keine speziellen Rechtfertigungsgründe eingreifen, damit noch keineswegs die Rechtswidrigkeit endgültig indiziert ist, sondern jetzt zusätzlich noch die ausdrückliche Feststellung zu treffen ist, daß auf den Willen des Genötigten im konkreten Fall kein "unangemessener, sozialethisch unerträglicher", kurz "verwerflicher" Zwang ausgeübt worden ist; mit anderen Worten: bei § 240 indiziert die Tatbestandsmäßigkeit noch nicht die Rechtswidrigkeit; denn sonst würde die Weite des Tatbestandes zu einer Strafbarkeit in Fällen führen, die nicht strafwürdig sind. Beim Streik ergibt sich dabei folgende Eigentümlichkeit: einerseits ist der Streik, wie dargelegt, eine besondere Form der Tatbestandsverwirklichung ("jeder Streik ist tatbestandsmäßige Nötigung"), andererseits ist er gerade - in bestimmten Grenzen - als Streik ein (sogar verfassungsrechtlich garantierter) Rechtfertigungsgrund! Während die sonstigen bekannten Rechtfertigungsgründe sozusagen "universell" anwendbar sind - so ist etwa die Notwehr ein Rechtfertigungsgrund, der einer Vielzahl unterschiedlichster Handlungen (etwa Tötung, Körperverletzung, Sachbeschädigung, Nötigung usf.) die durch die Tatbestandsmäßigkeit indizierte Rechtswidrigkeit nehmen kann - ist der "Streik als Rechtfertigungsgrund im strafrechtlichen Bereich

---

247) Niese, S. 40.
248) Siehe dazu unten S. 137 ff.

gerade auf die Nötigungstatbestände und allein auf sie zugeschnitten".[249] Der Streik ist stark verkürzt ausgedrückt : tatbestandsmäßige Nötigung und Rechtfertigungsgrund - für diese tatbestandsmäßige Nötigung - zugleich! Damit aber ist auch die eben dargelegte Frage, ob eine Nötigung beim Fehlen von Rechtfertigungsgründen wegen "Verwerflichkeit" rechtswidrig ist, beim Streik anders zu stellen. Zu fragen ist hier : überschreitet der Streik im konkreten Falle die Grenzen, innerhalb derer er rechtfertigende Kraft besitzt in dem Maße, daß nunmehr seine Anwendung einen sozialethisch unerträglichen, "verwerflichen" Willenszwang darstellt oder anders ausgedrückt : bei der Prüfung, ob der "Rechtfertigungsgrund Streik" eingreift, ist der gesetzliche Maßstab des § 240 II anzuwenden.[250]

Wenn wir weiter das oben gefundene Ergebnis berücksichtigen, wonach das verfassungsrechtlich garantierte Streikrecht wegen seiner durch die zahlreichen Einschränkungen bedingten Unpraktikabilität keinen scharf umrissenen Rechtfertigungsgrund liefern kann, so können wir sogar noch genauer formulieren : bei der Prüfung, ob der Streik "gerechtfertigt" ist, ist nur der Maßstab des § 240 II anzuwenden. Dabei ist freilich wichtig und notwendig festzustellen, daß praktisch kein Fall denkbar ist, in dem, sofern ein Streikrecht im Sinne der Verfassung konkret zu bejahen ist, nicht auch die Formel des § 240 II dazu führt, daß der Streik als rechtmäßig anzusehen ist; denn sobald "verwerflicher", d.h. "sozialethisch in besonderem Maße zu mißbilligender, unangemessener Zwang" im Sinne des § 240 II und damit Rechtswidrigkeit bei einem Streik anzunehmen ist, sind damit stets auch die für das verfassungsrechtlich garantierte Streikrecht geltenden Einschränkungen - Wahrung der Rechte anderer, Verhältnismäßigkeits-

---

249) Niese, S. 50.

250) So auch Niese, S. 50. - Man könnte rein strafrechtsdogmatisch freilich - etwas überspitzt - auch argumentieren, einen echten "Rechtfertigungsgrund Streik" im Sinne des strafrechtlichen Deliktsaufbaus gebe es gar nicht, vielmehr sei unmittelbar die Rechtswidrigkeitsregel des § 240 II anzuwenden. Beim Streik von einem "Rechtfertigungsgrund" zu sprechen, wäre bei dieser Auffassung dann nur ein ungenauer Ausdruck dafür, daß beim "ordnungsgemäß geführten" Streik eben grundsätzlich keine Rechtswidrigkeit gegeben ist. Diese Auffassung halte ich indessen für bedenklich, zumal wenn man ein verfassungsrechtlich garantiertes Streikrecht - das freilich stark eingeschränkt ist - annimmt. Hier liegt es näher und dürfte richtiger sein, einen "echten Rechtfertigungsgrund" im Sinne des strafrechtlichen Deliktsaufbaus anzunehmen. Im sachlichen Ergebnis dürfte freilich kein Unterschied bestehen.

grundsatz - erfüllt. Dies schließt indessen nicht aus, daß bei Prüfung der Rechtswidrigkeit gem. § 240 II durchaus Argumente und Gesichtspunkte, wie sie vom BVerfG oder anderen Gerichten bzw. der Literatur zu den Grenzen des verfassungsrechtlich garantierten Streikrechts entwickelt worden sind, als nützliche und wichtige Entscheidungshilfen herangezogen werden können; nur erübrigt sich eben eine ausdrückliche "formelle" Prüfung, ob das "Streikrecht aus Art. 9 III GG" allein für sich schon einen Rechtfertigungsgrund abgibt.

b) Kommt es, wie eben dargelegt, für die Feststellung der Rechtswidrigkeit der durch den Streik gegebenen tatbestandsmäßigen Nötigung entscheidend darauf an, ob die Anwendung der Streikdrohung (das Mittel) zu dem damit verfolgten Ziel (Zweck) als "verwerflich" im Sinne des § 240 II anzusehen ist, so taucht sehr schnell die Frage auf, wie sich denn das Verhältnis der "arbeitsrechtlichen" oder "allgemein zivilrechtlichen" Rechtswidrigkeit des Streiks zu jener "strafrechtlichen" Rechtswidrigkeit, wie sie gem. § 240 II festzustellen ist, darstellt bzw. inwieweit aus der aus arbeitsrechtlichen und zivilrechtlichen Kriterien resultierender Rechtswidrigkeit eine strafrechtliche Rechtswidrigkeit abgeleitet werden kann. Hierzu erscheint es jedoch erforderlich, kurz auf diese "außerstrafrechtlichen" Rechtswidrigkeitsgründe in einer kurzen Darstellung einzugehen.

aa) 1.) Rechtmäßig sind nur die von einer Gewerkschaft organisierten Streiks. Die nicht von einer Gewerkschaft organisierten Arbeitsniederlegungen - sog. "wilde Streiks" - sind rechtswidrig.[251] Spätere Übernahme eines wilden Streiks durch eine Gewerkschaft macht den Arbeitskampf erst vom Zeitpunkt der Übernahme an rechtmäßig.[252]

---

251) So die Rechtsprechung und h.M. : Hanau-Adomeit, Arbeitsrecht, 5. Auflage, S. 69; Seiter, S. 191 ff., 198 (dort auch eine ausführliche Darstellung der dogmengeschichtlichen Entwicklung der Privilegierung des Gewerkschaftsstreiks (S. 199 ff.) Zöllner, Arbeitsrecht, S. 279, 281; BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (= NJW 1964, 883); wird der Streik dagegen von einer Gewerkschaft geführt, so wird seine Rechtmäßigkeit vermutet, BAG AP Nr. 47, a.a.O.

252) Konzen, Übernahme und Unterstützung wilder Streiks durch Gewerkschaften, ZfA 1970, 159, 181 ff.

Hauptargument der h.M. für diese Auffassung ist, daß der Arbeitskampf nur innerhalb eines Systems der kollektiven Gestaltung von Arbeitsbedingungen unentbehrlich sei; die Berechtigung, Arbeitskämpfe zu führen, stehe nur tariffähigen Parteien zu, weil nur sie Tarifverträge abschließen und Partei eines Schlichtungsverfahrens sein können. Das BAG[253] meint dazu ferner, daß Arbeitskämpfe im allgemeinen unerwünscht seien und daß deshalb durch die Einschaltung von Kontrollinstanzen dafür Gewähr geschaffen sein müsse, daß nur in wirklich begründeten Fällen die scharfe Waffe des Streiks angewendet wird.

Gerade im Hinblick auf dieses Argument des BAG wird man indessen Seiter[254] beipflichten müssen, wenn er meint, es erscheine zweifelhaft, ob man aus der volkswirtschaftlichen Schädlichkeit des Arbeitskampfes ein entscheidendes Argument für die rechtliche Behandlung verbandsfreier Kampfmaßnahmen ableiten könne; denn "gewerkschaftlich geführte Streiks um Verbandstarifverträge haben wegen ihrer zeitlichen und örtlichen Ausdehnung ungleich größere Produktionseinbußen im Gefolge als einzelne betriebsbezogene Arbeitsniederlegungen von Belegschaften."[254] Andererseits wendet sich Seiter zu Recht auch gegen die Auffassung, wilde Streiks seien überhaupt kein Problem von "nationalökonomischer Dimension", da man damit wiederum zu wenig beachte, daß "sie gleichwohl ein solches werden können, wenn sie permanent und massiert auftreten."[254] Richtig dürfte jedenfalls sein, daß bislang - wie Seiter[255] weiter ausführt - "in der Diskussion um den nichtgewerkschaftlichen Streik und seine ordnungspolitische Beurteilung Aussagen über empirische Sachverhalte zugrundegelegt werden, die weitgehend auf begrenzten subjektiven Erfahrungen oder Vermutungen beruhen."[256]

---

253) BAG 15, 174.

254) Seiter, S. 210; Seiter, S. 208 ff., untersucht sehr ausführlich die ordnungspolitischen Argumente der h.M. gegen die Zulässigkeit des nichtgewerkschaftlichen Streiks.

255) Seiter, S. 212.

256) Vgl. hierzu die bei Seiter, S. 214 ff., besprochenen vergleichenden Untersuchungen hinsichtlich Häufigkeit, Dauer, Kampfzielen und Erfolg bei gewerkschaftlichen bzw. nichtgewerkschaftlichen Streiks. Bemerkenswert scheint mir insbesondere, daß danach rund 60 % der durch wilde Streiks verlorenen Arbeitstage erfolglos eingesetzt wurden, während die entsprechende Zahl bei gewerkschaftlichen Streiks nur 3 % beträgt (S. 219).

Söllner[257] meldet gegen die Privilegierung des gewerkschaftlichen Streiks Bedenken an mit dem Argument, daß die Aufnahme des Streikrechts in das Grundgesetz im Jahre 1949 daran gerade gescheitert sei, daß man den gewerkschaftlichen Arbeitskampf nicht privilegieren und den Gewerkschaften kein Monopol zum Arbeitskampf einräumen wollte.[258] Dieses Argument wird freilich dadurch entkräftet, daß aus dem durch die Notstandsverfassung neu eingefügten Art. 9 III 3 GG nunmehr ein Streikrecht abgeleitet werden kann, das nur die verbandsgeführten Streiks erfaßt[259]. Auch Seiter, der ein Streikrecht nicht aus Art. 9 III 3 GG herleitet, sondern in Art. 9 III 1 GG und Art. 2 I GG verankert[260], erkennt die durch Art. 9 III 3 GG insoweit veränderte verfassungsrechtliche Situation an, wenn er ausführt[261]: "Die Bedenken gegen ein gewerkschaftliches Streikrechtsmonopol hat der Verfassungsgeber selbst mit der Notstandsregelung des Art. 9 III 3 GG zerstreut."

Eine ganze Reihe von Autoren will den wilden Streik auch dem gewerkschaftlichen gleichgestellt wissen.[262] Dies wird einmal darauf gestützt, daß die Behauptung falsch sei, "daß nur ein Arbeitskampf zwischen tariffähigen Parteien der 'geschichtlich gewordenen Ordnung unseres Arbeitslebens' entspricht"[263], zum anderen wird geltend gemacht, daß das Arbeitskampfrecht ja der Durchsetzung materieller Arbeitnehmerinteressen diene und nicht immer sichergestellt sei, daß diese Interessen auch von den Gewerkschaften (die oft davon verschiedene Verbandsinteressen verfolgten) voll vertreten würden.[264]

---

257) Söllner, Arbeitsrecht, 6. Auflage, S. 74.

258) Das ist richtig, siehe dazu oben S. 3 ff. Andererseits besteht aus den S.105 ff. genannten Gründen jedenfalls kein verfassungsmäßig garantiertes Recht zum wilden Streik (a.A. Hamann).

259) Siehe dazu oben S.3.

260) Vgl. dazu näher oben S.15.

261) S. 191.

262) Etwa Ramm und Reuß, Fußnoten 212) und 213); Nikisch, II,S. 119.

263) Nikisch, a.a.O.

264) So insbesondere Reuß, vgl. S.106 ff.; Siehe ferner Säcker. BB 1971, 962 : "Der wilde Streik verdankt seine 'Wildheit' dem BAG."

Nach h.M. können die Arbeitnehmer das Verbot des wilden Streiks auch nicht dadurch umgehen, daß sie in Gesamtaktion oder gruppenweise Änderungskündigungen mit dem Ziel der Heraufsetzung von Arbeitsbedingungen aussprechen.[265] Ein derartiges Vorgehen läge nur scheinbar auf der Ebene des Individualrechts. Wenn die Rechtsordnung das Institut des Arbeitskampfes zur Verfügung stellt und hierfür besondere Pflichten normiert, muß sie auch darauf bestehen, daß arbeitsrechtliche Kampfziele auch nur mit arbeitskampfrechtlichen Mitteln erzwungen werden. Die arbeitskampfähnliche Massenänderungskündigung ist daher als rechtswidriger Arbeitskampf einzustufen.

2.)Der Streik muß um eine gesetzlich zulässige Tarifregelung geführt werden.[266] Das bedeutet auch, daß die dem Streik zugrundeliegende Forderung gegen einen Arbeitgeberverband oder gegen den bestreikten Arbeitgeber gerichtet sein muß. Jede Regelung, die Inhalt des normativen Teils eines Tarifvertrages sein kann (vgl. § 1 TVG), kann auch erkämpft werden;[267] dazu kann durchaus auch eine individuelle Regelung gehören (z.B. Wiedereinstellung gemaßregelter Arbeitnehmer). Ein Streik für die Durchsetzung tarifrechtlich unzulässiger Normen (Differenzierungsklauseln,[268] Effektivklauseln[269] ist unzulässig. Ebenso darf nicht die Gewährung

---

265) Hanau-Adomeit, S. 70; Zöllner, S. 281; BAG AP Nr. 37 zu Art. 9 Arbeitskampf, das derartige Massenänderungskündigungen von Arbeitnehmerseite ausdrücklich zu den wilden Streiks rechnet.

266) H.M., vgl. Hanau-Adomeit, S. 71; Zöllner, S. 279; BAG AP Nr. 44 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Seiter, S. 485 : "Die zentrale Stellung, die der Tarifautonomie im geltenden Arbeitsrecht zukommt, spricht entschieden dafür, die privilegierten Kampfrechte allein in den Dienst dieses Regelungsinstruments zu stellen."; vgl. im einzelnen die ausführliche Darstellung bei Seiter, S. 482 ff. - Wegen der diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Gewährleistungsschranke siehe oben S. 109 ff.

267) Zu der Frage, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll, ob schuldrechtliche Tarifregelungen in gleicher Weise erkämpft werden können wie normative, siehe Seiter, S. 486 ff., der S. 493 zu einer differenzierenden Lösung gelangt.

268) Hierbei geht es um das Problem, ob in einem Tarifvertrag unterschiedliche Leistungen des Arbeitgebers an die Arbeitnehmer differenziert danach, ob Gewerkschaftsmitglied oder nicht, vereinbart werden dürfen (mit dem Verbot an den Arbeitgeber, die Differenz durch zusätzliche Leistungen an die Nichtorganisierten auszugleichen). - Sinn einer solchen Regelung wäre es offensichtlich, "Trittbrettfahrern" mehr Anreiz zum Beitritt zu geben. Man wird - mit dem BAG - aber davon ausgehen müssen, daß dies ein unzulässiger Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit aus Art. 9 III GG der Nichtorganisierten ist (AP Nr. 13 zu Art. 9 Arbeitskampf = NJW 1968, 1903).

übertariflicher Leistungen gefordert werden

Sympathiestreiks sind nach h.M. zulässig,[270] wenn sie einen rechtmäßigen Arbeitskampf in einem fremden Tarifgebiet unterstützen. Die Friedenspflicht[271] eines eigenen Tarifvertrages steht nicht entgegen, da diese sich nur auf die eigenen Arbeitsbedingungen bezieht. Die besondere Problematik besteht hier freilich darin, daß unmittelbar ein Gegner unter Druck gesetzt wird, der die erhobenen Kampfforderungen gar nicht erfüllen kann. Mit Recht fordert daher etwa Zöllner[272], daß auf der Gegenseite des Sympathiekampfes die gleiche Koalition für den Abschluß eines Tarifvertrages zuständig ist wie auf der Gegenseite des Hauptkampfes (nicht notwendigerweise derselbe Verband).

3.) Die Gewerkschaft muß das satzungsmäßig vorgesehene Verfahren eingehalten haben, insbesondere eine Urabstimmung durchgeführt haben, bei der die erforderliche Mehrheit erzielt worden ist.[273] Allerdings kann die Satzung auf das Erfordernis der Urabstimmung verzichten, weil den Arbeitnehmern ja immer noch freisteht, ob sie den Streikbeschluß durchführen, also Gelegenheit haben, ihren Willen zu bekunden. Allerdings wird irgendeine "Vorwarnung" für die zu bestreikenden Betriebe ergehen müssen.[274] Die vom Bundesausschuß des DGB am 5.6.1974 verabschiedeten Arbeitskampfrichtlinien[275] bestimmen zum Verfahren dementsprechend u.a.: " § 5 Die Durchführung gewerkschaftlicher Arbeitskämpfe bedarf der Zustimmung der zuständigen Organe der Gewerkschaft. Ein ohne die erforderliche Zustimmung begonnener Arbeitskampf ist verbandswidrig, es sei denn, daß der Arbeitskampf von den zuständigen Organen der Gewerkschaft genehmigt wird."

---

269) Problem hier : oft zahlen einzelne Arbeitgeber noch übertarifliche Zulagen. Wird jetzt der Tariflohn erhöht, so taucht die Frage auf, ob die bereits gewährten Zulagen "aufgesaugt" oder "aufgestockt" werden (näheres siehe bei Hanau-Adomeit, S. 59 ff.). Nach BAG AP Nr. 7 zu § 4 TVG Effektivklausel verstoßen derartige Effektivklauseln gegen den Gleichheitssatz, da dadurch unterschiedliche Tariflöhne zustandekommen.

270) Hanau-Adomeit, S. 72; Zöllner, S. 283; vgl. insbesondere auch die ausführliche Darstellung bei Seiter, S. 502 ff, 506, der der h.M. zustimmt.

271) Siehe dazu unten S. 127 ff.

272) A.a.O., S. 284.

273) Hanau-Adomeit, S. 74.

274) Vgl. ArbG Düsseldorf, DB 1973, 876.

275) Abgedruckt in AuR 1974, 272.

" § 6 Die Satzungen bzw. die Arbeitskampfrichtlinien der Gewerkschaften regeln die Frage, ob und gegebenenfalls wie vor der Einleitung von Kampfmaßnahmen eine Urabstimmung durchzuführen ist."

Neben diesen "formellen" Voraussetzungen bestehen auch solche "materieller"Art, wie etwa in § 4 oder 8 der Arbeitskampfrichtlinien des DGB, wonach vor Beginn eines Arbeitskampfes "Verhandlungsmöglichkeiten wahrgenommen werden sollen, soweit dies den Gewerkschaften sinnvoll erscheint",bzw. die Leistung von Notarbeiten und die Notversorgung sicherzustellen sind.

Streiks, die unter Verletzung der in den Satzungen festgelegten Voraussetzungen durchgeführt werden, bezeichnet man als "verbandswidrige Streiks". Dabei wird man mit Niese[276] und Hueck-Nipperdey[277] annehmen müssen, daß Verbandswidrigkeit nicht nur den einzelnen Mitgliedern zur Last fallen kann, sondern auch den Gewerkschaftsorganen (etwa dem Hauptvorstand, der einen Streik beschließt oder genehmigt, ohne daß eine durch die Satzung vorgeschriebene Urabstimmung durchgeführt worden ist.[278] Strittig und problematisch ist indessen, ob die Einhaltung der verbandsinternen Regelungen nur eine Frage der innerverbandlichen Willensbildung ist[279] oder ob der satzungswidrige Streik nicht zugleich auch - gegenüber dem Kampfgegner - rechtswidrig ist.[280] Meines Erachtens dürfte allein die Verletzung innerverbandlicher Regelungen noch zu keiner Rechtswidrigkeit gegenüber dem Kampfgegner führen; in der Regel werden aber derartige "verbandswidrige" Streiks wegen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot (insbesondere soweit "materielle" Bestimmungen verletzt sind, also z. B. nicht alle Verhandlungsmöglichkeiten ausgeschöpft worden sind, usf.) rechtswidrig sein.

---

276) S. 42.

277) II/2, S. 986.

278) A.A. Nikisch, II, S. 148. Demgegenüber weist Niese, S. 42, mit Recht darauf hin, daß sich, aufs Innenverhältnis gesehen, durchaus der Fall denken ließe, daß Gewerkschaftsmitglieder sich durch die Durchführung eines Streiks, dem die satzungsgemäße Zustimmung fehlt oder der trotz vorhandener Einigungsmöglichkeit vorzeitig, vielleicht nutzlos, ausgerufen wurde, beeinträchtigt fühlen können.

279) So Hueck-Nipperdey, II/2, S. 986; Seiter, S. 509, m.w.Nachw. zum Meinungsstand; Zöllner, S. 279.

280) So Hanau-Adomeit, S. 74.

4.) Der Streik darf nicht gegen die Friedenspflicht eines geltenden Tarifvertrages oder gegen eine Schlichtungsvereinbarung verstoßen.[281] Der Tarifvertrag hat bekanntlich einen normativen und einen schuldrechtlichen Teil.[282] Im normativen Teil regelt er Arbeitsbedingungen, d.h. er stellt Normen auf, die für die Arbeitsverhältnisse gelten sollen oder betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen (§§ 1 I, 4 II TVG); diese Normen gelten nach ausdrücklicher Regelung in § 4 I und II TVG unmittelbar und zwingend für die von ihnen erfaßten Rechtsbeziehungen. Im schuldrechtlichen Teil sind die Rechte und Pflichten zwischen den Tarifvertragsparteien selbst enthalten. Auch soweit im Einzelfall in einem Tarifvertrag keine ausdrücklichen schuldrechtlichen Pflichten zwischen den Tarifvertragsparteien selbst festgelegt werden, enthält der Tarifvertrag stets und notwendig zwei schuldrechtliche Pflichten für die Tarifvertragsparteien : die Friedenspflicht und die Durchführungspflicht.[283] Die Friedenspflicht verlangt von den Tarifvertragsparteien, daß sie die zwischen ihnen getroffene Regelung als rechtsverbindlich respektieren, solange der Tarifvertrag nicht beendet ist,bzw. während der Laufzeit des Tarifvertrags eine Änderung nicht mit Kampfmaßnahmen durchzusetzen versuchen. Die Durchführungspflicht verpflichtet die Tarifvertragsparteien einmal zur genauen Information ihrer Mitglieder über abgeschlossene Tarifverträge und deren Inhalt, zum anderen dazu, ihre Mitglieder mit den zu Gebote stehenden Mitteln zur Einhaltung der getroffenen Tarifvertragsregelungen anzuhalten und entsprechend einzuwirken.

Die Friedenspflicht wird von den Tarifvertragsparteien nicht nur gegenüber den Vertragspartnern übernommen, sondern auch gegenüber den Mitgliedern des gegnerischen Verbandes. Der Tarifvertrag ist daher hinsichtlich der Friedenspflicht als Vertrag zugunsten der Mitglieder gem. § 328 BGB oder zumindestens als Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte aufzufassen.[284] Das bedeutet, daß beim

---

281) Hanau-Adomeit, S. 72; Hueck-Nipperdey, II/2, S. 979; Nikisch, II, S. 147; Seiter, S. 506 ff.; Söllner, S. 81; Zöllner, S. 279.

282) Siehe im einzelnen etwa Zöllner, S. 229 ff.

283) Vgl. Zöllner, S. 232 f.

284) Söllner,S. 82; Zöllner, S. 232 f.

"tarifvertragswidrigen" Streik nicht nur der entsprechende Arbeitgeberverband, sondern auch der einzelne Arbeitgeber von der streikenden Gewerkschaft die Erfüllung der Friedenspflicht bzw. Schadensersatz wegen ihrer Verletzung verlangen kann. Dagegen gibt der Tarifvertrag[285] dem Arbeitgeber keine Ansprüche gegen die streikenden Arbeiter selbst; denn die Friedenspflicht richtet sich nur an die Parteien des Tarifvertrages, nicht an deren Mitglieder, da diese am schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrages selbst nicht unmittelbar teilnehmen und aus ihm für sie auch keine eigene Friedenspflicht hergeleitet werden kann, da unser Recht einen Vertrag zu Lasten Dritter nicht kennt. Verbandsrechtlich allerdings sind die Mitglieder verpflichtet, die vom Verband übernommenen Pflichten zu beachten.[286]

Der "tarifvertragswidrige" Streik ist also einmal rechtswidrig im Hinblick auf die verletzte Friedenspflicht, betrifft aber insoweit nur die Gewerkschaft, nicht den einzelnen streikenden Arbeitnehmer, zum anderen ist er aber auch rechtswidrig, insoweit das Verhalten der streikenden Arbeitnehmer eine Verletzung des internen Verbandsrechts darstellt.

5.) Der Streik muß die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit beachten; er muß das äußerste und letzte Mittel sein, um das gesteckte Ziel zu erreichen ("ultima ratio").[287] Auf diese Schranke wurde bereits bei der Untersuchung der verfassungsrechtlichen Grenzen des Streikrechts ausführlich eingegangen.[288] Das BAG[289] zieht aus dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit, wie erwähnt, drei Folgerungen :

(1) Die Verhandlungsmöglichkeiten müssen ausgeschöpft sein; kurze gewerkschaftliche Warnstreiks sind aber schon während der Verhandlungen nach Ablauf der Friedenspflicht zulässig;

(2) Die Mittel des Kampfes müssen dem Ziel angemessen sein, sie müssen fair bleiben;

(3) Nach Streikbeendigung müssen beide Parteien dafür sorgen, daß schnellstmöglich wieder Arbeitsfriede eintritt.

---

285) Das schließt natürlich sonstige Ansprüche, z.B. aus deliktischer Haftung, etwa § 823 BGB, nicht aus.

286) Söllner, S. 81.

287) Hanau-Adomeit, S. 74; Seiter, S. 513 ff.; Zöllner, S. 279.

288) Vgl. oben S. 117 ff.

289) BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (= NJW 1973, 1079).

Streiks, die dem Verhältnismäßigkeitsprinzip widersprechen, sind rechtswidrig.

6.) Mit dem zuletzt genannten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in engem Zusammenhang stehend wird teilweise als eigener Gesichtspunkt die Beachtung von Treu und Glauben und eine faire Kampfführung genannt.[290]

So ist (wird) der Streik rechtswidrig, wenn die Gewerkschaft selbst zu rechtswidrigen Akten aufruft,[291] etwa bei Gewaltanwendung gegenüber Arbeitswilligen, Zerstörung von Maschinen, Fabrikbesetzung, Eindringen in die Privatsphäre des Unternehmers usw. Gleiches gilt aber auch, wenn die Gewerkschaft nicht alles in ihrer Macht Stehende unternimmt, derartige Ausschreitungen zu unterbinden. Streikposten dürfen nur mit verbalen Mitteln, keinesfalls durch körperliche Angriffe, für Solidarität sorgen. Wichtig in diesem Zusammenhang ist auch - von den Gewerkschaften selbst als selbstverständliche Pflicht verstanden[292] - daß während eines Streiks die notwendigen Arbeiten zur Erhaltung der Betriebsanlagen ermöglicht werden (sog. Notdienst).

7.) Problematisch ist die Frage, inwieweit der Umstand, daß ein Streik Dritte oder gar die Allgemeinheit schädigt, Einfluß auf dessen Rechtmäßigkeit hat. Zöllner[293] meint dazu : "Als gesichert wird man ansehen dürfen, daß die Drittbetroffenheit als solche einen Arbeitskampf noch nicht rechtswidrig macht, und zwar auch dann, wenn dem Dritten ein ungewöhnlich hoher Schaden droht." Andererseits ist aber kein Zweifel, daß Streiks in wirklich lebenswichtigen Versorgungsbetrieben (beispielsweise Wasserwerke und Energieversorgungswerke) unzulässig sind, sofern nicht ein ausreichender Notdienst eingerichtet wird.[294]

---

290) Hanau-Adomeit, S. 75; Seiter, S. 520 ff. : "Verbot des Einsatzes unlauterer Kampfmittel"; Zöllner, S. 280.

291) Davon zu unterscheiden sind die Fälle von nicht von der Gewerkschaft veranlaßten Einzelausschreitungen anläßlich eines insgesamt rechtmäßigen Streiks.

292) Vgl. § 8 der Arbeitskampfrichtlinien des DGB, oben S.126.

293) A.a.O., S. 280.

294) Überwiegende Meinung; vgl. Seiter, S. 547 f., der allerdings mit Recht meint : "Dabei bleibt jedoch meist völlig unklar, im welchem Ausmaß dieser Notdienst die Bevölkerung versorgen muß...Die im arbeitskampfrechtlichen Schrifttum zum Ausdruck kommende Großzügigkeit rührt wohl daher, daß seit Bestehen der Bundesrepublik Deutschland die Bevölkerung durch Streiks in gemeinnützigen Betrieben noch nicht ernsthaft in Mitleidenschaft gezogen worden ist."

Dazwischen freilich spannt sich ein weiter Bereich, in dem es um für die Allgemeinheit zwar wichtige, aber nicht unverzichtbare Versorgungsgüter oder Dienstleistungen geht, also etwa im Bereich des öffentlichen Verkehrs oder der Nachrichtenübermittlung. Die Grenzen der Zulässigkeit eines Streiks müssen hier als noch weitgehend ungeklärt angesehen werden[295] Seiter[295] vertritt die Auffassung, daß "die Beeinträchtigung Dritter da ihre Grenzen findet, wo es um Bedürfnisse geht, zu deren Befriedigung ein Sozialstaat im Interesse der Menschenwürde verpflichtet ist." Außer der Versorgung mit Wasser, Gas und Strom und der Abfallbeseitigung rechnet Seiter hierunter allerdings auch das Verkehrswesen und die Nachrichtenübermittlung. Seine Begründung, unter dem Grundgesetz seien nicht nur elementare leibliche Bedürfnisse "lebenswichtig", sondern auch ideelle, wie z.B. die Information durch Presse, Rundfunk und Fernsehen,[296] scheint mir sehr tragfähig. Zu beachten ist bei der Beurteilung von Streiks in Versorgungsbetrieben nicht zuletzt auch, daß "durch den für zulässig gehaltenen kurzzeitigen Entzug der Belieferung Dritter auf den Versorgungsträger kein nennenswerter wirtschaftlicher Druck ausgeübt werden kann".[297] Seiter führt hierzu treffend aus : "Ob es zugegeben wird oder nicht, die Beeinträchtigung Dritter dient als psychologisches Druckmittel gegen den zur Bereitstellung der Leistungen verpflichteten Versorgungsträger. Die Schädigung unbeteiligter Dritter wird so zum Mittel der indirekten Druckausübung auf den Kampfgegner. Man stößt daher auch hier auf die Frage der Zulässigkeit einer Schädigung, wenn der Geschädigte selbst das Kampfziel nicht bewilligen kann."[297]

Besonders problematisch ist in diesem Zusammenhang , inwieweit angestellte Ärzte streiken dürfen. Zöllner bejaht dies[298], sofern die notwendige medizinische Versorgung nicht zusammenbricht.[299]

---

295) Vgl. Seiter, S. 551.

296) Seiter, S. 551, Fußnote 38.

297) Seiter, S. 552.

298) A.a.O., S. 281.

299) Vgl. auch generell zum Ärztestreik Zacher, Der Ärztestreik als Rechtsproblem, Zeitschrift für Sozialreform 1966, 129.

8.) Der Arbeitskampf im öffentlichen Dienst ist nicht schlechthin verboten. Beamten steht zwar kein Streikrecht zu[300], wohl aber grundsätzlich den in einem Arbeitsverhältnis stehenden Angehörigen des öffentlichen Dienstes, d.h. soweit sie nicht hoheitliche Funktionen wahrnehmen oder in lebenswichtigen Versorgungsbetrieben tätig sind[301][302] ("amtswidrige Streiks").

9.) Gem. § 74 II BetrVG haben Arbeitgeber und Betriebsrat Betätigungen zu unterlassen, durch die der Arbeitsablauf oder der Frieden des Betriebes beeinträchtigt werden. Insbesondere dürfen sie keine Maßnahmen des Arbeitskampfes gegeneinander durchführen. Arbeitskämpfe tariffähiger Parteien werden hierdurch nicht berührt. So verletzt beispielsweise der Betriebsrat die Friedenspflicht, wenn er in einer Betriebsversammlung zum Streik aufruft; aber auch für die Beteiligung an einem gewerkschaftlichen, in jeder Hinsicht rechtmäßigen Streik darf der Betriebsrat in seiner amtlichen Funktion nicht werben ("betriebsverfassungswidriger Streik"). Auf überbetrieblicher Ebene besteht dagegen Kampffreiheit.[303]

10.) Fraglich ist, ob ein an sich rechtmäßiger Streik vom Standpunkt des individuellen Vertragsrechts aus rechtswidrig ist ("vertragswidriger Streik"), wenn er ohne vorherige Kündigung, also unter "Bruch" der Arbeitsverträge stattfindet.[304] Söllner führt

---

300) Siehe im einzelnen oben S.18 ff. und unten S.166 ff.

301) Hueck-Nipperdey, II/2, S. 979 ff.; Söllner, S. 80; Zöllner, S. 281; Hanau-Adomeit, S. 82, die allerdings zu Recht darauf hinweisen, daß hier nicht so sehr der Dienstherr, als vielmehr die Allgemeinheit betroffen wird (Streik von Müllfahrern, Bahn, Post). Sie wollen daher strengere Maßstäbe, insbesondere im Sinne des "ultima-ratio-Prinzips" anwenden.

302) A.A. Nikisch, II, S. 142 ff. Er will auch den Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes, "deren Tätigkeit für die ordnungsmäßige Erledigung der öffentlichen Aufgaben vielfach nicht weniger wichtig ist als die der Beamten", das Streikrecht versagen. In dieser Totalität kann dem wohl kaum zugestimmt werden.Freilich müssen im Einzelfall aus der jeweils infrage stehenden Tätigkeit der Streikenden heraus strenge Maßstäbe (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Hinblick auf die Allgemeinbetroffenheit usw.) angelegt werden, bei hoheitlichen Funktionen oder in lebenswichtigen Versorgungsbetrieben kann ein Streikrecht sogar völlig entfallen. Andererseits bestehen Tendenzen, daß auch Beamte im nichthoheitlichen, nicht der Versorgung mit lebenswichtigen Gütern dienenden Bereich "den Streik proben" (Post, Bahn), siehe oben S. 21 und unten S. 166 ff.

303) Siehe dazu im einzelnen Söllner, S. 84.

304) Bejahend z.B. Niese, S. 46 f., der hierfür die angeblich h.M. in Anspruch nimmt.

hierzu zutreffend aus : "Ein Streik, dem eine Kündigung der Arbeitsverhältnisse vorausgeht, hat keine hinreichende Durchschlagskraft, denn einmal liegt zwischen der Kündigungserklärung und dem Eintritt der Kündigungswirkung ein längerer Zeitraum und zum anderen können die Arbeitnehmer der unterschiedlichen Kündigungsfristen wegen die Arbeit nicht gleichzeitig niederlegen...Ferner wäre die Auseinandersetzung um das Streikrecht und seine Begründung überflüssig, wenn die Arbeitnehmer kündigen müßten, um streiken zu können, denn nach dem Eintritt der Kündigungswirkungen bestünde für sie ohnehin keine Arbeitspflicht mehr. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses liegt aber in der Regel auch gar nicht in der Absicht der Streikwilligen; sie wollen zumeist nicht die Arbeitsverhältnisse beendigen, sondern unter besseren Arbeitsbedingungen weiterarbeiten."[305] Diese Auffassung hat sich nunmehr in Rechtsprechung und Lehre durchgesetzt.[306] Damit wird die Rechtmäßigkeit eines Streiks einheitlich für das Individualrecht und das kollektive Arbeitsrecht entschieden; denn die Ausübung des Streikrechts kann nicht zugleich rechtswidriger Bruch des Arbeitsvertrages sein[307]. Diese Wirkung kommt nach h.M. allerdings nur dem gewerkschaftlich organisierten, nicht aber dem "wilden" Streik zu.

Die "kollektive Arbeitskampftheorie" des Großen Senats des BAG in der Entscheidung BAGE 1, 291, wonach die Charakterisierung der Streikbeteiligung als Verletzung des Einzelarbeitsvertrages und damit als vertrags- und rechtswidrig ausscheide, wenn der Streik als Kollektivakt rechtmäßig ist, wird von Seiter in seiner bereits mehrfach erwähnten Habilitationsschrift "Streikrecht und Aussperrungsrecht" scharf kritisiert.[308] "Was sich eigentlich auf der Ebene des Arbeitsvertrags rechtlich abspielt, hat der Große Senat nicht näher geklärt." Die von Seiter im einzelnen aufgezeigten Mängel und Unstimmigkeiten der "kollektiven Arbeitskampftheorie" veranlassen ihn zur Entwicklung eines "Arbeitskampfrechtssystems

---

305) A.a.O., S. 94 f.

306) Söllner,a.a.O., m.w.Nachw.; zur Rechtsprechung des BAG vgl. etwa BAGE 1, 291.

307) Söllner und BAG, a.a.O.; Zöllner, S.274.

308) Vgl. insbesondere Seiter, S. 19 ff., "Kritik der kollektiven Arbeitskampftheorie".

auf der Grundlage subjektiv-privater Kampfrechte"[309]. Er führt dazu aus : "Als Arbeitshypothese soll unter einem subjektiv-privaten Streikrecht die Befugnis des Arbeitnehmers verstanden werden, die Arbeitspflicht für die Dauer eines Streiks unter Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses im übrigen einseitig zu suspendieren. Diese Umschreibung der Wirkung des Streikrechts deckt sich im Ergebnis mit dem, was Rechtsprechung und Lehre im Rahmen der kollektiven Arbeitskampftheorie entwickelt haben. Der wesentliche Unterschied besteht jedoch darin, daß das Streikrecht im Sinn der Arbeitshypothese von vornherein als ein Recht des einzelnen Arbeitnehmers, eben als ein subjektiv-privates Recht konstruiert wird."[310] Der Vorteil der größeren dogmatischen Klarheit und Sauberkeit der von Seiter entwickelten Lehre dürfte ohne weiteres einleuchten. Indessen können wir im Rahmen dieser Arbeit diesen Fragen hier nicht weiter nachgehen.

11.) Zum Abschluß sei noch der Begriff des "sittenwidrigen" Streiks erörtert.[311] Grundsätzlich ist weder der Streik als solcher noch eine einzelne seiner Durchführung dienende Kampfhandlung sittenwidrig. Sinn und Ziel des Streiks ist es ja gerade, den Widerstand des Gegners zu überwinden und deshalb einen wirtschaftlichen Druck auf ihn auszuüben. Soweit damit auch Schädigungen des Gegners zwangsläufig verbunden sind, können diese nicht als gegen die "guten Sitten" verstoßend angesehen werden, da ansonsten das ganze Streikrecht illusorisch würde.

Solange indessen die deliktischen Haftungstatbestände nach § 823 BGB noch nicht genügend entwickelt waren[312], beurteilten RG und RAG[313] jahrzehntelang Arbeitskämpfe - vom Gesichtspunkt des Arbeitsvertragsbruchs abgesehen - nur nach § 826 BGB. Ein Streik

---

309) So der Untertitel seiner Habilitationsschrift.

310) Seiter, S. 47.

311) Zum ganzen Doerk, Der Streik als unerlaubte Handlung im Sinne des § 826 BGB, 1954.

312) Dies geschah bekanntlich dann durch die Anerkennung eines "Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" (BGHZ 45, 307; BGH NJW 1963, 484) zugunsten des Unternehmers. Vgl. hierzu etwa Palandt, Anm. 6 g) zu § 823 und Larenz a.a.O., S. 558 ff. und oben S. 111. Auf diese zivilrechtlichen Fragen soll hier jedoch nicht weiter eingegangen werden.

313) Nachweise bei Söllner, S. 85; Siehe ferner die Darstellung hierzu bei Seiter, S. 443 ff.

sollte danach "sittenwidrig" im Sinne des § 826 BGB sein, wenn entweder der verfolgte Zweck oder die angewandten Mittel dem "Anstands- und Billigkeitsgefühl gerecht denkender Berufsgenossen und deren Gewissenhaftigkeit"[314] widerstreitet oder wenn der dem Gegner zugefügte Nachteil so erheblich ist, daß dadurch dessen wirtschaftliche Vernichtung herbeigeführt wird oder wenn der Nachteil, der dem Gegner erwächst, zu dem erstrebten Vorteil in keinem Verhältnis steht.

Heute ist anerkannt, daß beispielsweise ein Streik "sittenwidrig" im Sinne des § 826 BGB ist, der das Prinzip der fairen Kampfführung verletzt; so, wenn mit wahrheitswidriger oder aufhetzender Propaganda gearbeitet wird, Gewalt angewendet oder angedroht oder geduldet wird. Streikpostenstehen ist zulässig, wenn diese sich auf gütliches Zureden beschränken.[315] Sittenwidrigkeit ist ferner gegeben, wenn das an sich zulässige Kampfmittel dem Gegner einen Nachteil zufügt, der nicht mehr in einem erträglichen Verhältnis zu dem erstrebten Vorteil steht oder wenn der Arbeitskampf in einem besonderen Mißverhältnis zu dem entstehenden Schaden steht (wenn etwa Notarbeiten in lebenswichtigen Betrieben verweigert werden). Schließlich ist anerkannt, daß die Streikmaßnahmen nicht die Existenz des Gegners vernichten dürfen und auch nicht dazu geeignet sein dürfen. Allerdings warnen Hueck-Nipperdey[316] mit Recht, daß eine Sittenwidrigkeit hier nicht schon daraus abgeleitet werden dürfe, daß das erstrebte wirtschaftliche Ziel übertrieben erscheint. "Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe der Gerichte, die rein wirtschaftliche Frage zu untersuchen, ob etwa die Arbeitgeber zur Bewilligung der geforderten Lohnerhöhung in der Lage sind oder ein wirtschaftliches Kampfziel berechtigt erscheint."[316]

---

314) Es kam also auf die Anschauungen der am Arbeitsleben beteiligten Kreise an; dies allerdings wiederum nur, wenn deren Anschauungen nicht mit der allgemeinen Verkehrsüberzeugung in Widerspruch standen. Vgl. im einzelnen Hueck-Nipperdey, II/2, S. 1035 f., m.w.Nachw.; Söllner, S. 85.

315) Hueck-Nipperdey, II/2, S. 1028 ff.; Palandt, Anm. 8 k) zu § 826; - Siehe auch oben S. 129 und unten S. 174 ff.

316) A.a.O., S. 1030 f. (1031).

Insgesamt läßt sich feststellen, daß in § 826 BGB der allgemeine Rechtsgedanke Ausdruck gefunden hat, wonach selbst eine "an sich" rechtmäßige Handlung dann rechtswidrig wird, wenn sie einen "sittenwidrigen" Mißbrauch eines (formal gegebenen) Rechts darstellt. "Die Vorschrift dient der Verwirklichung des über alle formalen Rechte und Rechtsbehelfe erhabenen Rechts höherer Ordnung; sie gestattet Beachtung jedes Gesichtspunkts, der Erreichung wahrer innerer Gerechtigkeit ermöglicht und ist - neben §§ 226, 242 - Ausgangspunkt allgemeiner Rechtseinrichtungen wie Einwand unzulässiger Rechtsausübung, RG 166, 117. § 826 greift vor allem überall da ein, wo die an sich berechtigte Ausübung eines Rechts im Einzelfall gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt und sich damit als ein sittenwidriger Mißbrauch der formalen Rechtsstellung darstellt..."[317]

Wie jede Generalklausel erhält freilich auch das Verbot sittenwidriger Schadenszufügung erst dadurch Inhalt und Bedeutung, daß Rechtsprechung und Lehre in Übereinstimmung mit den Anschauungen der Rechtsgemeinschaft Konkretisierungen für gewisse "typische" Fallgruppen und Interessensituationen herausarbeiten.[318]

bb) Nachdem wir uns nunmehr mit den wichtigsten Unterscheidungen und Kriterien vertraut gemacht haben, anhand derer im Arbeitsrecht die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit von Streiks beurteilt wird, müssen wir zu unserer Ausgangsfrage auf S. 121 zurückkehren. Wir hatten dort festgestellt, daß es für die Bestimmung der Rechtswidrigkeit der durch den Streik gegebenen tatbestandsmäßigen Nötigung entscheidend darauf ankommt, ob die Anwendung der Streikdrohung (Mittel) zu dem damit verfolgten Ziel (Zweck) als "verwerflich" im Sinne des § 240 II anzusehen ist. Eines liegt sofort und unmittelbar auf der Hand : allein der Umstand, daß ein Streik aus einem der vorstehend Ziffer 1.) bis 11.) genannten "arbeitsrechtlichen" Gründe rechtswidrig ist, bedeutet noch keineswegs, daß er deshalb auch als "verwerflich" und damit als rechtswidrig im Sinne des § 240 II gelten muß. Mit anderen Worten : das "strafrechtliche" Unrecht eines Streiks ist unabhängig von einem etwaigen "tarifrechtlichen", "verbandsrechtlichen", "beamtenrechtlichen" usw. Unrecht des Streiks zu ermitteln. Es gibt

---

317) Palandt, Anm. 1) zu § 826.

318) Vgl. etwa den Katalog bei Palandt, Anm. 8) zu § 826.

eben nicht eine "Rechtswidrigkeit schlechthin", vielmehr kann die Frage nach der Rechtswidrigkeit sinnvollerweise immer nur im Hinblick auf eine konkrete Norm gestellt werden. Im Zivilrecht hat diese Erkenntnis zur Entwicklung der Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang geführt.[319] und bedeutet dort, daß ein Rechtswidrigkeitszusammenhang nur gegeben ist, wenn der geltend gemachte Schaden nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fällt; es muß sich also um Nachteile handeln, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen worden ist.[320] Dieser Grundgedanke vom "Rechtswidrigkeitszusammenhang" gilt natürlich erst recht im Verhältnis der Normen verschiedener Rechtsgebiete zueinander. Das eben in Fußnote 320) erwähnte Beispiel hat sogar gezeigt, daß nicht einmal der unmittelbare Schluß vom Vorliegen eines strafrechtlichen Unrechts (§ 105 StGB) auf das zivilrechtliche Unrecht, wie es §§ 823, 826 BGB voraussetzen, möglich und zulässig ist. Das "materielle Unrecht" einer Norm ist vielmehr immer erst aus deren jeweiliger Schutzfunktion sorgfältig zu ermitteln.

---

319) Vgl. etwa Palandt, Anm. 5 c) Vorb. vor § 249, m.w.Nachw.

320) Ein eindrucksvolles Beispiel hierzu berichtet Niese, S. 51 ff., bezüglich der Schadensersatzprozesse aus Anlaß des Zeitungsstreiks 1953. Die meisten Gerichte, die den Klagen stattgaben, haben mit Forsthoff (siehe zu dessen Gutachten Niese, S. 5 ff.) den Zeitungsstreik wegen seiner unzulässigen politischen Richtung (vielfach auch als Parlamentsnötigung nach § 105 a.F.) für rechts- und sittenwidrig erklärt und deshalb Ersatzansprüche aus § 823 I BGB oder § 826 BGB zugesprochen. Schon damals wies Nipperdey in seinem Gutachten (siehe hierzu ebenfalls Niese, a.a.O.) auf den Gesichtspunkt des Rechtswidrigkeitszusammenhangs hin : selbst wenn der Zeitungsstreik wegen Verstoßes gegen geschriebene (z.B. Art. 20, 38 GG) oder ungeschriebene Verfassungsnormen oder gegen § 105 StGB rechts- und sittenwidrig sei, so richte sich dieses Unrecht nicht gegen die in §§ 823, 826 BGB geschützten Rechtsgüter, auf deren rechtswidrige Verletzung die Arbeitgeber ihre Ersatzansprüche stützen. Der Verstoß gegen Verfassungsnormen (einschließlich der sekundären Schutznorm des § 105 StGB) mache nur die Verletzung der durch sie geschützten staatlichen Ordnung rechtswidrig; der Schadensersatzanspruch wegen Eingriffs in den Gewerbebetrieb oder ins Vermögen setze aber eine Rechtswidrigkeit in Bezug auf deren privatrechtliche Schutznormen, nämlich §§ 823 I und 826 BGB voraus. Eine derartige Rechtswidrigkeit hat Nipperdey zu Recht daraus abgeleitet, daß der "Zeitungsstreik" kein "arbeitsrechtlicher" (wirtschaftlicher) Streik war, d.h. ein Streik, der um Arbeitsbedingungen gegen die Arbeitgeber mit dem Ziel einer dem Gegner möglichen arbeitsrechtlichen Vereinbarung zwischen den Sozialpartnern geführt wird. Umgekehrt wäre der Streik selbst dann im Hinblick auf §§ 823, 826 BGB rechtswidrig gewesen, wenn - aus welchen Gründen auch immer - z.B. die strafrechtlichen Unrechtsvoraussetzungen des § 105 StGB usw. nicht vorgelegen hätten.

Ist uns somit der einfache Schluß vom Vorliegen "zivilrechtlich-arbeitsrechtlicher" Rechtswidrigkeit eines Streiks auf dessen strafrechtliche Rechtswidrigkeit grundsätzlich verwehrt, so könnte man doch daran denken, ob nicht zumindestens der oben in Ziffer 11.) (S.133f.) genannte Fall des "sittenwidrigen" Streiks die Voraussetzungen des strafrechtlichen Unrechts, wie § 240 II es erfordert, stets erfüllt. Ein Streik ist "sittenwidrig" im Sinne des § 826 BGB[321], wenn das an sich zulässige Kampfmittel dem Gegner einen Nachteil zufügt, der nicht mehr in einem erträglichen Verhältnis zu dem erstrebten Vorteil steht oder wenn der Arbeitskampf in einem besonderen Mißverhältnis zu dem entstehenden Schaden steht. Diese zivilrechtliche Definition der Sittenwidrigkeit ähnelt auffallend der Regel des § 240 II, in der ebenfalls ausdrücklich bestimmt wird, daß eine Nötigung nicht nur dann rechtswidrig ist, wenn das Mittel oder der Zweck verwerflich ist, sondern auch dann, wenn die Anwendung eines an sich erlaubten Mittels zu einem an sich erlaubten Zweck verwerflich ist (sog. Relationstheorie).

c) Die Beantwortung der Frage, ob der sittenwidrige Streik zugleich immer auch verwerflich und damit rechtswidrig im Sinne des § 240 II ist, hängt entscheidend - das zeigt ein Vergleich der "Sittenwidrigkeitsformel" mit der "Rechtswidrigkeitsformel" des § 240 II sofort - von der Klärung der vorgehenden Frage ab, was denn mit dem Ausdruck "verwerflich" in § 240 II eigentlich bezeichnet werden soll. Ein kurzer Rückblick auf die Entstehungsgeschichte[322] kann hier bereits wichtige Aufschlüsse geben.

aa) Wie bereits erwähnt,[323] kamen nach der ursprünglichen Fassung des § 240 als Drohungsmittel nur Drohung mit einem Verbrechen oder Vergehen in Betracht. Durch die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29.5.1943 erhielt § 240 eine neue Fassung : Abs. 1 wurde hinsichtlich der Drohungsmittel beträchtlich erweitert und erhielt seine heutige Form; als Korrektiv wurde der Abs. 2 eingefügt, der damals allerdings noch lautete : "Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Zufügung des angedrohten

---

321) Siehe noch einmal oben S.134.

322) Vgl. hierzu Maurach-Schroeder, BT, Tb 1, S. 122 ff.; Blei, BT, S. 65; Schäfer, LK Rdn. 1 zu § 240.

323) Oben S. 75.

Übels zu dem angestrebten Zweck dem gesunden Volksempfinden widerspricht." Das 3. Strafrechtsänderungsgesetz des Jahres 1953 gab dem § 240 II schließlich seine heutige Fassung : anstelle des suspekten Ausdrucks "gesundes Volksempfinden" trat der anschließend nun näher zu untersuchende Begriff "verwerflich" als Maßstab für die Mittel-Zweck-Relation. Dreher, einer der am Entwurf des 3. Strafrechtsänderungsgesetzes beteiligten Referenten, berichtet hierzu[324], daß ursprünglich der Gesetzentwurf als Beurteilungsmaßstab für die Rechtswidrigkeit bei den §§ 240, 253 den "Verstoß gegen die guten Sitten" in Aussicht genommen hatte. Diese Formel sei aber dem Rechtsausschuß des Bundestages zu zivilistisch und wohl auch zu weit erschienen, so daß man sich nach eingehender Diskussion auf den Begriff "verwerflich" einigte. Damit sollte freilich der Maßstab nicht ins Subjektive, etwa im Sinne von "vorwerfbar" verschoben werden, vielmehr handle es sich um das sozialethische Unwerturteil, welches das Verhalten des Täters nach objektiven Maßstäben treffe und vom Richter festzustellen sei. Entscheidend für unsere Betrachtung ist hier vor allem die Tatsache, daß der Gesetzgeber nachweislich mit dem Begriff "verwerflich" gerade kein bloßes Synonym für "sittenwidrig" setzen wollte, sondern damit einen engeren und strengeren Sinn verbinden wollte, wie dies etwa von Welzel[325] auch vorher schon gefordert worden war.

bb) In diesem Sinne ist der Begriff der "Verwerflichkeit" in der Folge dann auch von der Rechtsprechung des BGH fortentwickelt worden. So führt etwa BGHSt 17, 328(331) aus : "Der Begriff der Verwerflichkeit knüpft damit an sozialethische Wertungen an... Auch eine bloße Unanständigkeit in der Wahl eines Druckmittels genügt noch nicht. Die Grenze der Strafwürdigkeit wird vielmehr erst erreicht, wenn das Vorgehen des Täters unter Berücksichtigung aller Umstände eindeutig so anstößig ist, daß es als gröberer An-

---

324) JZ 1953, 428.

325) NJW 1953, 653, insbes. Anm. 8 : "...daß man stark befürchten muß, bei einer Neuregelung des § 240 Abs.2 werde die Rechtswidrigkeit schlankweg mit Sittenwidrigkeit identifiziert ! Das würde in der Tat eine verhängnisvolle Ausweitung des Nötigungstatbestandes bedeuten. Hiervor kann nicht ernst genug gewarnt werden...M.E. kann die Lösung nur darin gefunden werden, daß man an die Unzulässigkeit der Relation zwischen Mittel und Zweck durch eine klare Kennzeichnung hohe Anforderungen stellt : jene Relation zwischen Mittel und Zweck darf nicht bloß sittenwidrig sein, denn dann wäre alles Unsittliche rechtswidrig(i.S.des § 240, Anm.d.Verf.), sondern muß sozial verwerflich sein..."

griff auf die Entschlußfreiheit anderer der Zurechtweisung mit den Mitteln des Strafrechts bedarf. In diesem Sinne weist die Verwendung des Wortes "verwerflich" auf einen erhöhten Grad sittlicher Mißbilligung hin..."

Andere Urteile setzen einen etwas anderen Akzent und fordern, daß die Nötigungshandlung so verwerflich sein müsse, daß sie ein als Vergehen strafwürdiges Unrecht darstellt.[326] BGHSt 18, 391 übernimmt sogar ausdrücklich die Formulierung von Welzel[327], der "verwerflich" mit "sozial unerträglich" gleichsetzt. Insgesamt läßt sich jedenfalls feststellen, daß der BGH für "Verwerflichkeit" im Sinne des § 240 II einen erhöhten Grad sittlicher Mißbilligung fordert; diese Auffassung steht im Einklang mit den nachweislichen Intentionen des Gesetzgebers und der h.M.[328][329]

---

326) So BGHSt 18, 389(391); 19, 263(268); meines Erachtens handelt es sich dabei allerdings um eine "Leerformel"; denn hier geht es ja gerade darum, daß durch positive Feststellung der Verwerflichkeit die Rechtswidrigkeit und damit Strafbarkeit festgestellt werden soll. Indessen ist diese Formel als deutlicher Hinweis für den Richter nützlich und wichtig, sich darüber klar zu werden, daß er letztlich mit seiner Wertung darüber entscheidet und entscheiden muß, ob ein bestimmtes Verhalten sich außerhalb des "strafrechtlichen Bannkreises" bewegt oder ob strafrechtliche Sanktionen unerläßlich sind, und so dürfte der Hinweis auch zu verstehen sein.

327) Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Auflage, S. 327.

328) Arzt, BT, LH 1, S. 191; Bockelmann, BT/2, S. 110 f.; Dreher-Tröndle, Rdn. 8 zu § 240; Lackner, Anm. 6 a) zu § 240; Preisendanz, Anm. 5 zu § 240; Welzel, a.a.O.

329) A.A. Schönke-Schröder, Rdn. 17 zu § 240 ohne weitere Begründung. - A.A. auch Roxin, JuS 1964, 373 ff. Roxin geht davon aus, daß eine Strafbestimmung gegen Nötigung nicht wie ein anderer Tatbestand einen festumrissenen Lebensausschnitt deskriptiv umreißen und dem gesetzgeberischen Unwerturteil unterstellen könne, da sie die gesamte soziale Breite mitmenschlicher Willensbeziehungen umfasse und dadurch der typisierenden Plastizität in sich geschlossener Tatbestandsbeschreibungen widerstrebe (S. 374). Ein solcher Tatbestand sei nicht nur räumlich über alle Gebiete des Lebens ausgedehnt, er bewege sich ebenso in der Zeit, d.h. die soziale Dynamik der jeweiligen Lebensordnung wirke sich hier schneller, intensiver und unmittelbarer aus, als bei anderen, festumrissenen Tatbeständen. Damit stehe der Gesetzgeber vor der Frage, wie ein Tatbestand aussehen solle, der weder ein deskriptiv abgrenzbares Rechtsgut, noch eine hinreichend typisierbare Handlung aufweise, dessen möglicher Anwendungsbereich vielmehr alle Sozialbezüge durchdringe, ohne daß Zulässiges und Verbotenes subsumtionsgerecht beschreibbar oder auch nur ein für allemal feststehend seien. - Damit bleibe dem Gesetzgeber kein anderer Weg als auf die "materielle Rechtswidrigkeit" zurückzugreifen, die nun bei § 240 nicht durch moralische

Fordert aber "Verwerflichkeit" im Sinne des § 240 II eine "gesteigerte Sittenwidrigkeit", so kann daraus nur der Schluß gezogen

---

Maßstäbe, sondern die Sozialwidrigkeit umgrenzt werde. Das rechtsdogmatische und methodologische Problem des Nötigungstatbestandes liege daher nicht in der Auffindung "ethischer Normen", sondern vielmehr darin, wie das "Prinzip der materiellen Rechtswidrigkeit an Hand des Grundgedankens der Nötigungsvorschrift inhaltlich so ausgefüllt werden kann, daß es den Bestimmtheitsanforderungen des Satzes "nullum crimen sine lege" entspricht (S. 375). Die Auffassung des BGH und der h.L, wonach der Richter anstelle des Gesetzgebers durch unmittelbare Wertung zu entscheiden habe, könne nur die etwa von H.Mayer so nachdrücklich verfochtene Verfassungswidrigkeit des Nötigungstatbestandes bestätigen. Roxin schlägt demgegenüber vor, eine Vorschrift wie den Nötigungstatbestand, nachdem er sich nicht auf deskriptive Handlungselemente reduzieren lasse, auf eine Reihe von "sozialen Ordnungsprinzipien" zurückzuführen; denn zwar ließen sich nicht alle deliktischen Situationen, wohl aber die Maßstäbe, mit deren Hilfe das menschliche Aufeinanderwirken geregelt ist, vorausschauend bestimmen (S.376). Roxin nennt sechs derartige "soziale Ordnungsprinzipien" : das Rechtswidrigkeitsprinzip, das Güterabwägungsprinzip, das Geringfügigkeitsprinzip, das Prinzip des Vorranges staatlicher Zwangsmittel, das Prinzip des mangelnden Zusammenhanges und das Autonomieprinzip (siehe im einzelnen S. 376 f.). Ohne hier näher darauf eingehen zu können, läßt sich aber doch wohl feststellen, daß - so richtig der Ausgangspunkt Roxins gerade unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten ist - das Problem, was nun eigentlich strafbare Nötigung ist und was nicht, damit nur in die Diskussion dieser sog. "sozialen Ordnungsprinzipien" verlagert worden ist, d.h. in die Frage, welche derartigen Prinzipien man - mit welcher Begründung und Selbstverständlichkeit ? - überhaupt anerkennen kann und soll bzw. wie die anerkannten Prinzipien im einzelnen auszufüllen sind. Ich halte es für nützlich und verdienstvoll, derartige Ordnungsprinzipien wissenschaftlich zu erarbeiten; nur meine ich, daß derartige Prinzipien nicht eigentlich als alleinige Beurteilungskriterien herangezogen werden können (dazu sind sie aus den eben genannten Gründen wohl immer zu "imperfekt" und auch Roxin räumt selbst ein, daß es klar sei, daß die von ihm einstweilen genannten sechs Prinzipien noch der "Verfeinerung, der vertieften Begründung und vor allem der weiteren Exemplifizierung an einem umfassenden Rechtsprechungsmaterial" bedürfen (S. 377)), vielmehr nur helfen können, die Fülle zuweilen kasuistisch erscheinender Rechtsprechung wissenschaftlich zu ordnen und zu systematisieren. Im übrigen ist es ja nicht so, daß der Richter bei § 240 II buchstäblich "anstelle des Gesetzgebers" gewissermaßen "nach Gutdünken"seine Wertung vornehmen darf, sondern er ist aufgrund der bereits vorhandenen Rechtsprechung und Literatur doch in einem Maße eingeschränkt, daß der Nötigungstatbestand bei gebührender Berücksichtigung der gesetzgeberischen Schwierigkeiten bei dieser Materie als durchaus verfassungsmäßig angesehen werden muß. Solange jedenfalls die von Roxin als Maßstab genannten "sozialen Ordnungsprinzipien" noch nicht hinreichend entwickelt sind (wie Roxin selbst zugibt und dies ausdrücklich als "Entfaltungsaufgabe für künftige Arbeiten" bezeichnet), bleibt kein anderer Weg,

werden, daß jedenfalls nicht alles, was nach dem Maßstab des § 826 BGB als "sittenwidrig" anzusehen ist, damit zwangsläufig "verwerflich" und damit rechtswidrig im Sinne des § 240 II ist. Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der arbeitsrechtlichen Literatur.[330]

---

als mit der Rechtsprechung und h.M. die "Verwerflichkeit" der Nötigung mit einer "Faustregel" im Sinne eines "erhöhten Grades sittlicher Mißbilligung" zu bestimmen.
An die vorerwähnten Ausführungen von Roxin schließt an die Darstellung bei Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, BT, Rdn. 38ff. zu § 240.

330) Zöllner, S. 275; Söllner, S. 93 : "Verwerflichkeit in diesem Sinne (des § 240 II, Anm.d.Verf.) geht über die Sittenwidrigkeit nach bürgerlichem Recht hinaus und wird nur bei allerschwersten Verstößen, z.B. einem Arbeitskampf allein aus Rache, anzunehmen sein. Eine sichere Abgrenzung läßt sich wohl nicht finden, jedenfalls ist bei der Anwendung des § 240 StGB auf Arbeitskämpfe Zurückhaltung zu üben."
Ähnlich Nikisch, II, S. 150 : "Unverkennbar besteht eine nahe Verwandtschaft zwischen der Sittenwidrigkeit des bürgerlichen Rechts und der Verwerflichkeit bei der strafrechtlichen Nötigung. Auch die Verwerflichkeit kann entweder in der Art des Kampfzieles oder in den angewandten Mitteln oder in dem Mißverhältnis von Mittel und Zweck begründet sein. Trotzdem darf man beides nicht ohne weiteres gleichsetzen, schon deshalb nicht, weil das durch § 240 geschützte Rechtsgut die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung ist, die durch einen sittenwidrigen Arbeitskampf nicht notwendig in einem unerträglichen Maße beeinträchtigt zu werden braucht." Zu letzterem Fußnote 92) : "Man denke an Fälle, in denen sich die Sittenwidrigkeit aus den Auswirkungen des Kampfes auf Dritte oder auf die Allgemeinheit ergibt. Der auf den eigentlichen Gegner ausgeübte Druck könnte sich dabei immer noch in erträglichen Grenzen halten (Niese S. 55, 78), falls nicht die der Allgemeinheit drohende Gefahr gerade als Druckmittel verwendet wird."
Hueck-Nipperdey, II/2, S. 1053 : "Die Verwerflichkeit ist unabhängig von diesen (arbeitsrechtlichen, Anm.d.Verf.) Rechtswidrigkeiten zu prüfen und nur bei allerschwersten Verstößen anzunehmen."

3.) Die Rechtswidrigkeit des arbeitsrechtlichen Streiks, dargestellt an typischen Einzelfällen

Damit verbleibt uns aber kein anderer Ausweg, als anhand einiger typischer Fälle des "sittenwidrigen Streiks"[331] darzustellen, wo die strafrechtliche Grenze beim Streik als tatbestandsmäßige Nötigung nun eigentlich liegt. Daß allein dieser Weg gangbar ist, erhellt gerade daraus, daß es nicht nur bei § 240 II StGB gerade auf die positive Feststellung der Rechtswidrigkeit im Einzelfall ankommt, sondern ja das gleiche auch im Zivilrecht bei der Feststellung der Sittenwidrigkeit gilt.[332]

Dabei lassen sich drei Hauptgruppen bilden und zwar danach unterschieden, ob sich die (mögliche) Verwerflichkeit des Streiks vorwiegend aus dem angestrebten Ziel (Zweck) oder dem eingesetzten Mittel oder (erst) aus der Relation zwischen Mittel und Zweck ergibt.

a) aa) Hinsichtlich des Zieles (Zwecks) eines arbeitsrechtlichen (wirtschaftlichen) Streiks wird man zunächst sofort an den Hauptfall des Lohnkampfs denken und die hier gar nicht so ferne liegende Möglichkeit, daß die Lohnerhöhung, die mit Streik erzwungen werden soll, nach "verständigem Urteil" eines neutralen Betrachters als eindeutig übertrieben, "überzogen" erscheint. Kann

---

331) Das bedeutet freilich nicht, daß es sich dabei nur um Fälle der obigen Ziffer 11.) (S. 133) handelt; vielmehr kann durchaus gleichzeitig eine Rechtswidrigkeit nach einer der anderen Ziffern (S. 121 ff.) vorliegen; denn die Ziffern 1.) bis 11.) genannten Rechtswidrigkeitsgründe stehen nicht in einem strengen Verhältnis der Exklusivität zueinander. Allerdings steht fest, daß ein Streik, der nicht auch "sittenwidrig" im Sinne der Ziffer 11.) ist, nicht "verwerflich" im Sinne des § 240 II sein kann.

332) Vgl. etwa Palandt, Anm. 1 zu § 826; ferner Anm. 2, a.a.O. : "...und es bedarf stets der Prüfung aller Umstände des Einzelfalls..." sowie Anm. 8 : "Die Rspr. hat für bestimmte häufig wiederkehrende Tatbestände sittenwidrigen Verhaltens gewisse Begriffsmerkmale entwickelt, die als Richtschnur für die Beurteilung ähnlicher Tatbestände von Bedeutung sind. Indessen ist Vorhandensein dieser Merkmale nicht schlechthin Voraussetzung für Anwendbarkeit von § 826, vielmehr handelt es sich hierbei nur um typische Erscheinungsformen eines sittenwidrigen Tatbestandes; entscheidend sind niemals abstrakte Merkmale, sondern die gesamten Umstände des Einzelfalles, RGZ 155, 276."

eine derartige übertriebene Forderung nach Lohnerhöhung einen Streik "verwerflich" im Sinne des § 240 II und damit rechtswidrig machen ? Die Frage fordert eine kurze Besinnung darauf, inwieweit die Gewerkschaften verpflichtet sind, eine produktivitäts- und wirtschaftswachstumsorientierte Lohnpolitik zu betreiben.

So meint Bulla[333], daß die Rechtmäßigkeit eines Verbesserungen der Arbeitsbedingungen fordernden Arbeitskampfes auch von "gesamtwirtschaftlich vertretbaren Arbeitsbedingungen" abhänge.[334] Bulla geht von der lohntarifpolitischen Entwicklung in Deutschland aus,[335] die durch "ständige Erhöhungen der Löhne und sonstigen entgeltlichen Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis, gekoppelt mit fortschreitenden Verkürzungen der Arbeitszeit und weiteren Arbeitsbedingungen" gekennzeichnet sei und "von der Allgemeinheit, dem Bundestag und der Bundesregierung, aber auch von der beteiligten Arbeitgeberschaft mit Sorge verfolgt" worden sei.[336] Die soziale Selbstverwaltung durch die Tarifvertragsparteien als Leitbild einer freiheitlichen Arbeits- und Sozialordnung enthalte aber mit der Befugnis zur Ordnung der Arbeitsbedingungen auch die Verpflichtung zur sozialen Selbstverantwortung mit dem Gebot, die Belange der Allgemeinheit, des Volksganzen, das "Gemeinwohl" zu berücksichtigen. Wenn das "Gemeinwohl" durch etwaiges gemeinwohlabträgliches Verhalten der Sozialpartner gefährdet werde, müsse man dem mit "rechtlichen oder auch sonstigen, insbesondere politischen Mitteln" seitens der Staatsgewalt gerecht werden.[337] Demgemäß kommt Bulla zu dem Schluß, daß nur die Erlangung der rechten Arbeitsbedingungen als Ziel anerkannt und durch den Verfassungssatz der Sozialstaatlichkeit gedeckt sei.[338] Bulla räumt zwar ein, daß dem Richter eine derartige Nachprüfung, ob sich die erstrebten Verbesserungen der Arbeitsbedingungen im Rahmen des gesamtwirtschaftlich Vertretbaren halten, nicht zugemutet werden könne, also beispielsweise ein Arbeitsgericht nicht durch Einstweilige Verfügung einen

---

333) Bulla, Soziale Selbstverantwortung der Sozialpartner als Rechtsprinzip, Nipperdey-Festschrift, 1965, Band II, S. 79 ff.

334) A.a.O., S. 95.

335) Gemeint sind die Jahre vor 1965.

336) A.a.O., S. 79.

337) A.a.O., S. 83.

338) A.a.O., S. 95.

Streik deshalb verbieten dürfe, weil die Lohnforderungen nach Ansicht des Richters zu hoch seien und das Gemeinwohl schädigen. Stattdessen aber schlägt Bulla vor, das Votum eines Sachverständigenrates solle "Höchstwert für das gewerkschaftliche Fordern-Dürfen" sein.[339)]

Gegen diesen Standpunkt hat sich mit Recht Reuß[340)] gewandt. Würde man den Vorschlag Bullas in die Tat umsetzen, würde dies die Aufhebung der materiellrechtlichen Tarifhoheit der Sozialpartner und eine Festsetzung der allgemeinen Arbeitsbedingungen durch den Sachverständigenrat bedeuten. "Denn wenn das Votum des Sachverständigenrates oberste Grenze für Tarifregelungen ist, so wird die Gewerkschaft nie weniger fordern, die Arbeitgeber werden nie weniger geben können. Es bliebe den Sozialpartnern nur die formale Tarifvertragsregelungsmöglichkeit, nämlich formal das zu "vereinbaren" (d.h. niederzuschreiben), was der Sachverständigenrat gesagt hat."[341)] Folgerichtig zu Ende gedacht dürfte dann auch nicht ein derartiges "kleines, nicht verantwortliches privates Gremium"[341)] (Sachverständigenrat) die Lohnfestsetzung vornehmen, sondern die dem Gemeinwohl auch institutionell verpflichtete und parlamentarisch verantwortliche Stelle, nämlich die Regierung ! Im übrigen weist Reuß zu Recht darauf hin, daß die gewerkschaftliche Lohnpolitik nur die eine Seite, eine der denkbaren Ursachen ist, die zu einem Währungsverfall und zu einer Auflösung der sozialstaatlichen Ordnung führen könnte. Als noch "wahrscheinlichere und somit gefährlichere Ursachen für einen Währungsverfall (mit allen damit zusammenhängenden Erscheinungen)"[341)] nennt Reuß beispielsweise (letztlich gegen die entsprechenden Verfassungsbestimmungen verstoßende) Beschlüsse des Bundestages über nicht gedeckte "Wahlgeschenke" und die Zustimmung der Bundesregierung dazu. Verantwortungsbewußtes Handeln sei nicht nur von den Sozialpartnern, sondern auch von Parlament und Regierung und von der Wirtschaft zu verlangen, von letzterer insbesondere im Hinblick auf die Preisbildung. Fordere man aber ein durch einen Sachverständi-

---

339) A.a.O.,S. 100.

340) AuR 1966, 97 ff. ("Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag").

341) Reuß, a.a.O., S. 99.

genrat festgesetztes Limit für Löhne, dann müsse das gleiche auch für die Preise gelten; dies konsequent durchgeführt, würde " geradewegs in die totale Planwirtschaft "[342] führen.

Die aufgezeigte Kontroverse hat, glaube ich, deutlich gezeigt, daß gegenüber derartigen planwirtschaftlichen Konsequenzen "das gegenwärtige System der wirtschaftlichen und sozialen Freiheit trotz der theoretischen Gefahr einer Mißbrauchsmöglichkeit vorzuziehen"[342] ist. Wir müssen uns nur darüber klar sein, daß der Sache nach derartige "planwirtschaftliche Eingriffe" auch dadurch zustande kommen können, daß nicht gerade die Regierung (Verwaltung) dirigistisch eingreift, sondern auf dem Wege über eine Kontrolle durch die Gerichte entschieden wird, was volkswirtschaftlich "verkraftbar, zulässig" ist. Insoweit kann Hueck-Nipperdey[343] nur zugestimmt werden, wenn sie ausführen, daß es grundsätzlich[344] nicht Aufgabe der Gerichte sei, die rein wirtschaftliche Frage zu untersuchen, ob etwa die Arbeitgeber zur Bewilligung der geforderten Lohnerhöhung in der Lage sind. Können überhöhte Lohnforderungen - das gleiche gilt für andere wirtschaftliche Kampfziele als den Lohn - damit eine zivilrechtliche Sittenwidrigkeit nicht begründen[345], so muß dies umso mehr für die strafrechtliche "Verwerflichkeit" im Sinne des § 240 II gelten. Hinzu kommt, wie Niese[346] bemerkt, daß bei der "Geltendmachung einer überhöhten Forderung durch Streik die Unerfüllbarkeit den Motivationsdruck eher vermindern als verstärken würde." Allerdings ist

---

342) Reuß, a.a.O., S. 99. - Ablehnend zu der Lehre Bullas auch Seiter, S. 556 ff.(561) : "De lege lata besteht daher keine Möglichkeit, Arbeitskämpfe wegen der Auswirkungen ihrer Kampfziele auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht einzuschränken, von äußersten, praktisch nicht relevanten Mißbrauchsgrenzen abgesehen."

343) II/2, S. 1031.

344) Reuß, a.a.O., S. 99, sieht als Grenze den "akuten Staatsnotstand"; erst dann dürfe durch den freiheitlichen Sozialstaat eingegriffen werden. Man wird mit Reuß feststellen können, daß bisher weder eine derartige Gefahr eines Staatsnotstandes, noch ein sonstiger Gesichtspunkt sich gezeigt hat, der einen staatlichen Eingriff gerechtfertigt hätte.

345) So auch Nikisch, II, S. 140 : "...aber ein Kampf mit diesem Ziel (Erhaltung oder Verbesserung der Arbeitsbedingungen, Anm. d. Verf.) ist auch dann nicht sittenwidrig, wenn...die erhobenen Forderungen als übertrieben oder wirtschaftlich nicht tragbar erscheinen..."

346) S. 56.

hierbei sorgfältig zu prüfen, ob nicht der durch einen Streik dem Arbeitgeber drohende Schaden (z.B. Vertragsstrafen bei Terminüberschreitung u.ä.) die durch die überhöhten Lohnforderungen resultierende Einbuße noch derartig übersteigt, daß der Arbeitgeber resigniert "mit allem einverstanden" sein muß. Dies sind dann indessen die weiter unten[347] noch zu behandelnden Fälle des "ruinösen Streiks". An dieser Stelle läßt sich jedoch festhalten, daß allein daraus, daß das geforderte wirtschaftliche Kampfziel, insbesondere eine Lohnerhöhung, einem verständigen Betrachter als überhöht erscheint, sich keine Verwerflichkeit des Streiks im Sinne des § 240 II herleiten läßt.

bb) Neben den eben erwähnten "wirtschaftlichen" Streiks um höhere Löhne oder sonstige bessere Arbeitsbedingungen, steht eine weitere wichtige Gruppe von Streiks, bei denen stets an sittenwidrige und damit möglicherweise "verwerfliche" Ziele zu denken ist. Ich meine Streiks, die vom Arbeitgeber bestimmte arbeitsrechtliche Einzelmaßnahmen erzwingen sollen, etwa die Einstellung oder Entlassung einzelner Arbeitnehmer.

aaa) Hier ist zunächst der Fall zu erwähnen, daß die Belegschaft eines Betriebs die Zusammenarbeit mit Nicht- oder Andersorganisierten verweigert und deren Entlassung durch Streik erzwingen will. Nun ist es sicher falsch,[348] wenn man, wie es das von Niese[349] ausführlich besprochene Urteil des LG Bielefeld vom 13. 10.1953 tut, in diesen Fällen von der Verletzung des Art. 9 III GG[350] unmittelbar auf die Rechtswidrigkeit im Sinne des § 240 II

---

347) S. 175.

348) Vgl. hierzu noch einmal oben S. 135 ff.

349) S. 57 ff.

350) Insofern Art. 9 III GG nach h.M. und Auffassung des Gerichts mit der Vereinigungsfreiheit auch die in ihr enthaltene "negative" Koalitionsfreiheit verfassungsrechtlich schützt und alle Maßnahmen, die auf Einschränkung oder Behinderung dieses Rechts gerichtet sind, für rechtswidrig erklärt.

schließt.[351] Denn für die positiv festzustellende "Verwerflichkeit" im Sinne des § 240 II genügt, wie ausgeführt, eben nicht jeder formale Gesetzesverstoß, vielmehr ist "materiell" ein sozialethisch verwerfliches (sozial unerträgliches) Verhalten gefordert, wie andererseits das "materielle Unrecht" des § 240 II nicht einen "formalen Gesetzesverstoß" voraussetzt. Es ist aber ebenso falsch, zumindestens aber mißverständlich, wenn Niese[352] schreibt : "Ob ein Eingriff sozialethisch verwerflich ist, ist also ganz unabhängig von verfassungsmäßigen oder sonstigen Schutznormen zu bestimmen." Wenn auch der "formale Gesetzesverstoß" nicht das "materielle Unrecht" des § 240 II zwangsläufig herbeiführt und umgekehrt das "materielle Unrecht" des § 240 II nicht zwingend einen "formalen Gesetzesverstoß" voraussetzt, so ist doch eines nicht zu verkennen : gerade angesichts der eminenten Schwierigkeiten, konkrete Maßstäbe für die Bestimmung der "Verwerflichkeit" im Sinne des § 240 II zu finden, die rechtsstaatlichen Erfordernissen genügen,[353] ist es unbedingt erforderlich, im konkreten Einzelfall zu untersuchen, wie das positive Recht ein Verhalten beurteilt. So wird es im Regelfalle einfacher und unproblematischer sein, bei einem "formalen Gesetzesverstoß" auch das "materielle Unrecht" im Sinne des § 240 II zu begründen, als wenn feststeht, daß ein derartiger "formaler Gesetzesverstoß" nicht vorliegt; jedenfalls ist im letzteren Falle eine weitaus diffizilere und gründlichere Argumentation erforderlich, wenn man den Nötigungstatbestand nicht in den - ohnehin zum Teil vorhandenen - Verdacht der Verfassungswidrigkeit bringen will. Es scheint mir daher unerläßlich, zumindestens kurz auf die "verfassungsrechtliche Seite" der sog. "negativen Koalitionsfreiheit" einzugehen.

---

351) LG Bielefeld bei Niese, S. 58 f., zitiert : "Nach der Definition des Gesetzes (§ 240 II) ist die Nötigung dann rechtswidrig, wenn die Androhung zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist. Insbesondere ist danach (! Anm. d. Verf.) eine Tat dann rechtswidrig, wenn sie gegen gesetzliche Bestimmungen verstößt." Den Gesetzesverstoß sah das Gericht in der Verletzung des Art. 9 III GG.

352) S. 61.

353) Siehe hierzu noch einmal oben S. 139 , Fußnote 329 den Versuch von Roxin, "soziale Ordnungsprinzipien" zu entwickeln.

"Negative Koalitionsfreiheit" ist die Freiheit des einzelnen, sich keiner Koalition anzuschließen, also "unorganisiert" zu bleiben. Strittig ist dabei, ob die negative Koalitionsfreiheit ebenso wie die positive durch das Grundgesetz geschützt ist. Die eine Meinung, die als die herrschende[354] angesehen werden darf und der sich auch das BAG[355] angeschlossen hat, leitet den Schutz auch der negativen Koalitionsfreiheit aus Art. 9 III GG ab. Danach ist das Recht des einzelnen, sich zur Wahrung und Förderung seiner Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen mit anderen zusammenzuschließen, nur dann in vollem Umfang gewährleistet, wenn er vor jeglichem Zwang geschützt ist, sowohl was die Freiheit der Wahl zwischen mehreren Verbänden angeht, als auch seine Entscheidung, ob er sich überhaupt "organisieren" will. Die Freiheit, "unkoaliert" zu bleiben, ist danach die notwendige Kehrseite der Freiheit sich zu koalieren.[356]

Demgegenüber weist die Gegenmeinung[357] darauf hin, daß der Wortlaut des Art. 9 III GG nichts über das Recht besage, einer Koalition fernzubleiben. Außerdem sei aus der Entwicklungsgeschichte der Koalitionsfreiheit zu entnehmen, daß es dabei stets um das Ringen der Arbeitnehmer um die Bildung kampfkräftiger Verbände gegangen sei und nicht um das Recht, solchen Verbänden fernzubleiben. Auch die Entstehungsgeschichte des Art. 9 III GG weise in diese Richtung.[358] Nach dieser Auffassung steht die negative Koalitionsfreiheit als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit jedoch unter dem Schutz des Art. 2 I GG. Da die allgemeine Handlungsfreiheit

---

354) Vgl. Zöllner, a.a.O., S. 79 f., m.w.Nachw., der auch darauf hinweist, daß das BVerfG dazu noch nicht Stellung genommen hat.

355) BAG GS AP Nr. 13 zu Art. 9 GG.

356) So auch Nikisch, II, S. 29, mit dem zutreffenden Argument, wenn niemand gezwungen werden dürfe, einer bestimmten Koalition von mehreren beizutreten, so dürfe man auch niemanden zwingen, der einzigen in Betracht kommenden Koalition beizutreten.

357) Z.B. Söllner, a.a.O., S. 60; Hueck-Nipperdey, II/1, S. 156 f.

358) Siehe hierzu im einzelnen Hueck-Nipperdey, II/1, S. 157. - Ursprünglich war in Art. 9 III GG ein weiterer Satz enthalten: "Ein Zwang zum Beitritt darf nicht ausgeübt werden." Da man aber u.a. Bedenken hatte, daß bei dieser Formulierung die im "gewerkschaftlichen Leben üblich gewordenen...Maßnahmen der Koalitionen, wie z.B. der moralische Druck, der Appell an die Solidarität als gesetzwidriger Zwang ausgelegt werden könnten", wurde der genannte Satz schließlich gestrichen.

aber nur soweit reicht, als sie nicht die Rechte anderer verletzt, gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt und sowohl die individuelle positive Koalitionsfreiheit, als auch der Schutz der Koalition selbst Teil der "verfassungsmäßigen Grundordnung" sind (und zugleich natürlich auch ein "Recht eines anderen" im Sinne des Art. 2 I GG), steht danach die negative Koalitionsfreiheit verfassungsmäßig nur unter einem "relativen Schutz". "Das Recht, vom Beitritt zu einer Koalition abzusehen, wird dem einzelnen vom Grundgesetz nur insoweit gewährleistet, als dadurch nicht das System des kollektiven Aushandelns von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen verletzt wird."[359]

Ob nun mit der h.M. aus Art. 9 III GG abgeleitet oder - mit schwächerem Schutz - aus Art. 2 I GG, ist doch die negative Koalitionsfreiheit nach allgemeiner Ansicht grundgesetzlich abgesichert, und auch die Vertreter der Meinung, die die negative Koalitionsfreiheit lediglich aus Art. 2 I GG herleiten,[360] erkennen an, daß Verbände "keinen Zwang zum Beitritt auf Außenseiter (d.h. nicht oder anders Organisierte) ausüben dürfen, sonst würden sie deren Handlungsfreiheit verletzen."[361] Zulässig, d.h. nicht durch die negative Koalitionsfreiheit verboten, ist lediglich, für den Koalitionsbeitritt gütlich zu werben und den Koalitionsmitgliedern innerverbandliche Vorteile zu gewähren, von denen Nichtmitglieder ausgeschlossen sind (z.B. Zahlung von Streikunterstützung).[362] Dagegen sind beispielsweise sog. Organisationsklauseln[363] und Aus-

---

359) Söllner, a.a.O., S. 60; ebenso Hamann-Lenz, Anm. A 4) zu Art. 9.

360) Bei Herleitung der negativen Koalitionsfreiheit lediglich aus Art. 2 I GG kommt dieser allerdings keine Drittwirkung zu; vgl. auch unten S.152 , Fußnote 375.

361) Söllner, S. 60; das ist meines Erachtens vom Standpunkt dieser Auffassung aus für Nichtorganisierte nicht selbstverständlich, wenn man mit dem Argument, Art. 9 III GG als Spezialnorm beschränke die "bloße allgemeine Handlungsfreiheit" aus Art. 2 I GG, wirklich Ernst macht, vgl. Fußnote 359.

362) Zöllner, a.a.O., S. 80.

363) Dadurch sollen tarifunterworfene Arbeitgeber verpflichtet werden, nur organisierte Arbeitnehmer (sog. allgemeine Organisationsklausel) oder nur in einer bestimmten Gewerkschaft organisierte Arbeitnehmer (sog. beschränkte Organisationsklausel) zu beschäftigen. Siehe näher hierzu Söllner, S. 61.

schluß- und Differenzierungsklauseln[364] unzulässig [365], da dadurch nicht lediglich innerverbandliche Vorteile vorenthalten werden, und unzulässig ist auch jedes Inaussichtstellen von sonstigen Nachteilen, die sich nicht lediglich als Kehrseite der Nichtgewähr innerverbandlicher Vorteile darstellen.[366]

Damit können wir feststellen, daß das durch Streikdrohung erfolgende Hinausdrängen von Nicht- oder Andersorganisierten aus dem Betrieb - d.h. der Verlust des Arbeitsplatzes - nach allgemeiner Ansicht gegen das negative bzw. positive Koalitionsrecht verstößt.[367] Diese verfassungsrechtliche Rechtswidrigkeit liegt in jedem derartigen Falle vor, gleichgültig, ob der dem Hinausgedrängten angedrohte Nachteil, der Verlust der Arbeitsstelle, in einem auffälligen Mißverhältnis zu dem angestrebten Erfolg, dem Beitritt zu der Gewerkschaft, steht oder nicht (letzteres möglicherweise, wenn der Arbeitnehmer erst sehr kurze Zeit dem Betrieb angehört und voraussichtlich sehr bald eine andere, gleichwertige Stelle finden wird). Ob darüber hinaus eine derartige Streikdrohung auch gegen die guten Sitten verstößt, hängt nun freilich von der Lage des konkreten Einzelfalles ab[368], hier vor allem Dauer der Betriebszugehörigkeit[369], Alter des Bedrängten[370] und dessen familiäre Situation[371], aber auch dem konkreten Beruf und der "Arbeitsplatzstruktur" der betreffenden Gegend[372] usw. usw.

---

364) Dadurch soll entweder der Arbeitgeber verpflichtet werden, bestimmte tarifliche Leistungen nur an Gewerkschaftsmitglieder zu gewähren ("mitgliedschaftsanknüpfende Klauseln") oder ihm verboten werden, diese Leistungen auch Außenseitern zu gewähren ("Tarifausschlußklauseln") oder sichergestellt werden, daß Organisierte einen gewissen Vorsprung in den Arbeitsbedingungen gegenüber Nichtorganisierten haben ("Spannen- oder Abstandsklausel"). Vgl. im einzelnen Zöllner, S. 255; Söllner, S. 61 f.

365) Zöllner, S. 80 und 255 m.w.Nachw.; differenzierend Söllner, S. 61; BAG GS AP Nr. 13 zu Art. 9 GG.

366) Nikisch, II, S. 39; Söllner, S. 60; Zöllner, S. 80.

367) So ausdrücklich Hueck-Nipperdey, II/1, S. 162, für den Fall des Andersorganisierten, ausdrücklich Nikisch, II, S. 39, für den Nichtorganisierten. - Zum "Verdrängungsstreik" siehe auch Seiter, S. 528 ff.

368) Dies stellt Nikisch, II, S. 39, erfreulich klar heraus.

369) Es widerspricht dem Anstandsgefühl, einen verdienten langjährigen Mitarbeiter aus dem Betrieb hinauszudrängen, nur weil er nicht oder anders organisiert ist.

370) Ältere Arbeitnehmer haben, v.a. in Zeiten größerer Arbeitslosigkeit, schlechtere, oftmals gar keine Möglichkeit mehr, überhaupt einen bzw. einen gleichwertigen Arbeitsplatz zu finden.

371) So wenn der Bedrängte Familienvater ist und der Verlust des Arbeitsplatzes die ganze Familie in unabsehbare Schwierigkeiten bringt.

Und ob schließlich gar als "höchste Stufe des Unwerturteils" eine "Verwerflichkeit" im Sinne des § 240 II mit der Konsequenz einer strafrechtlichen Ahndung einer derartigen Streikdrohung angenommen werden muß, entscheidet wiederum eine wertende Gesamtschau all der eben beispielhaft erwähnten Faktoren : ist die Streikdrohung über die Sittenwidrigkeit hinaus sogar "sozialethisch in besonderer Weise zu verurteilen", "sozialethisch unerträglich", dann steht auch deren Rechtswidrigkeit im Sinne des § 240 II und damit deren Strafbarkeit fest.

Aus den bereits mehrfach erörterten Gründen ist es "naturgemäß" nicht möglich, hier im vorhinein und für jeden Fall anzugeben, ob ein derartiges Hinausdrängen Nicht- oder Andersorganisierter "verwerflich" im Sinne des § 240 II ist. Sicher ist es aber "verwerflich", wenn das "Ziel", d.h. die Entlassung des Bedrängten durch den Arbeitgeber, zur Folge hat, daß der Bedrängte seine Existenz verliert[373] und das nur deshalb, weil er von seinem verfassungsmäßigen Recht Gebrauch macht, keiner Gewerkschaft beizutreten. Dagegen dürfte es fraglich sein, ob "Verwerflichkeit" zu bejahen ist, wenn ein erst kurz im Betrieb tätiger, jüngerer Arbeitnehmer in Zeiten der Vollbeschäftigung hinausgedrängt wird und abzusehen ist, daß er ohne größere finanzielle und sonstige Einbußen sofort wieder eine gleichwertige Arbeitsstelle finden wird. Dies kann aber meines Erachtens nur für die Fälle gelten, in denen der Hinausgedrängte - etwa bei einer weniger qualifizierten Tätigkeit während Vollbeschäftigung - gewissermaßen zu sich selber sagen kann : "Ist mir doch gleichgültig, ob ich mir heute bei A oder morgen bei B meine Brötchen verdiene !" Diese Fälle sind aber wohl

---

372) Bei qualifizierten Tätigkeiten, insbesondere soweit ein gewisses Vertrauensverhältnis oder besondere Kenntnisse vorausgesetzt werden, ist es im allgemeinen schwierig, sofort eine gleichwertige Stellung zu finden. - Dies gilt umso mehr, wenn in arbeitsplatzmäßigen "Entwicklungsgebieten" oft überhaupt keine anderen Betriebe aus der gleichen Branche vorhanden sind. Zusätzliche Schwierigkeiten tauchen auf, wenn der Bedrängte an ein vorhandenes "eigenes Häuschen" praktisch gebunden ist (Schlagwort : "Die Immobilie macht immobil !")

373) So lag der von Niese, S. 57 ff., diskutierte Fall. Die entlassene Arbeitnehmerin hatte als ältere Frau wenig Aussicht auf eine neue Arbeitsstelle und fand auch seit ihrer Entlassung im Januar 1952 bis zum Urteilserlaß im Oktober 1953 keine Arbeit mehr. Niese bejaht daher in diesem Fall zu Recht Verwerflichkeit.

selten; einmal, weil "Wirtschaftswunderzeiten" mit Vollbeschäftigung selten sind, vor allem aber, weil in den Fällen, in denen der Hinausgedrängte dem auf ihn ausgeübten Druck mehr oder weniger gleichgültig gegenübersteht, es kaum einer ernsten Streikdrohung bedürfen wird. Meist liegt der Fall doch so, daß der bedrängte Arbeitnehmer an seinem Arbeitsplatz festhalten will, nicht nur, weil er im allgemeinen keinen adäquaten neuen so schnell wieder finden wird, sondern auch, weil mit längerer Betriebszugehörigkeit nicht selten auch gewisse zusätzliche Vorteile verbunden sind, seien diese nun finanzieller (z.B. betriebliche Altersvorsorge) oder ideeller Art (z.B. Vertrauensstellung). Hinzu kommen zusätzliche Schwierigkeiten, wenn ein Verlust des alten Arbeitsplatzes auch zu einem Wohnortwechsel (für die ganze Familie !) zwingt oder zumindest einen weiteren Weg zur Arbeit erfordert.[374] Man wird also generell sagen können, daß ein Verlust des alten Arbeitsplatzes und das Finden eines neuen in jedem Falle mit großen finanziellen und persönlichen Schwierigkeiten verbunden ist. Wenn all diese schwerwiegenden Nachteile nur deshalb eintreten sollen, weil ein Arbeitnehmer, wie es sein gutes Recht ist[375], einer Gewerkschaft nicht beitreten will, so ist eine derartige Streikdrohung meines Erachtens als "verwerflich" anzusehen. Das bedeutet, daß ein Arbeitnehmer am Arbeitsplatz grundsätzlich eine auch durch das Strafrecht geschützte Garantie besitzt, daß er nicht durch Gewerkschaften oder Gewerkschaftsmitglieder vor die Alternative gestellt werden kann, einer Gewerkschaft beizutreten oder

---

374) Vgl. Fußnote 372.

375) Die positive bzw. negative - letztere soweit man sie mit der h.M. auch aus Art. 9 III GG ableitet - Koalitionsfreiheit haben ja wegen Art. 9 III 2 GG echte Drittwirkung, d.h. sie binden nicht nur, wie bei den anderen Grundrechten, den Staat, sondern auch die Bürger in ihren Rechtsbeziehungen. Diese Verletzung eines verfassungsrechtlich garantierten Rechtes bei den hier zu besprechenden Streikfällen führt zwar, wie bereits ausführlich dargelegt, noch nicht zwangsläufig zur Verwerflichkeit im Sinne des § 240 II, aber sie scheint mir doch ein gewichtiges Argument für die Annahme von "Verwerflichkeit" im Regelfall zu sein. Dies ein weiteres Argument für die oben S.147 geübte Kritik an Niese.

aber seinen Arbeitsplatz zu verlieren.[376] Dies halte ich für ein gerechtes Ergebnis. Zudem darf meines Erachtens eines nicht übersehen werden : gerade die Nötigung kann aus den bereits erörterten Gründen keine so präzise Tatbestandsbeschreibung liefern, wie dies bei den meisten anderen Delikten der Fall ist; dann ist es aber nicht nur zulässig, sondern auch geboten, immer auch einen Blick darauf zu werfen, welche Verhaltensweisen in anderen Lebensbereichen als strafbare Nötigung geahndet werden. Bedenkt man, daß beispielsweise das Verstellen einer Parklücke durch einen Fußgänger als rechtswidrige Nötigung angesehen wird[377], wäre es schwerlich einzusehen, wenn der Verlust des Arbeitsplatzes, weil man nicht einer Gewerkschaft beitreten will, sanktionslos bliebe.

bbb) Auf der gleichen Linie liegen die Fälle, in denen durch Streikdrohung der Arbeitgeber zur Entlassung von Streikbrechern gezwungen werden soll. Während in dem eben besprochenen Fall des Hinausdrängens von Nicht- oder Andersorganisierten der bedrängte Arbeitnehmer für seinen Nichtbeitritt zu einer Gewerkschaft (oder Nichtübertritt zu einer anderen Gewerkschaft) durch Verlust seines Arbeitsplatzes bestraft werden soll, soll er hier in gleicher Weise gemaßregelt werden, weil er sich einem Streik - sei er gewerkschaftlich geführt worden oder nicht - nicht angeschlossen hat. Zur Lösung dieser Fälle könne wir auf das eben zur positiven bzw. negativen Koalitionsfreiheit Gesagte zurückgreifen : so wie Art. 9 III GG eine positive Koalitionsfreiheit und zu deren Verstärkung auch ein "positives" Streikrecht gewährt, gewährt er auch eine ne-

---

376) Der Klarheit halber sei deutlich gesagt : Die ganze vorliegende Diskussion betrifft ausschließlich die Nötigung des Arbeitgebers durch die Drohung, es werde gestreikt, wenn ein bestimmter Arbeitnehmer nicht entlassen werde. Gibt der Arbeitgeber der Drohung nach, liegt vollendete Nötigung des Arbeitgebers vor, ansonsten nur Versuch. Regelmäßig liegt in diesen Fällen aber in Tatmehrheit auch eine versuchte Nötigung des bedrängten Arbeitnehmers vor, der mit dem Hinweis auf den drohenden Verlust des Arbeitsplatzes zum Beitritt zur Gewerkschaft genötigt werden soll. Der "innere Zusammenhang" zwischen beiden Nötigungen liegt darin, daß die verwerfliche Entlassung das eine Mal als Drohmittel zum Beitritt (gegenüber dem Arbeitgeber), das andere Mal als Ziel der Streikdrohung (gegenüber dem Arbeitgeber) auftritt.

377) BayObLG, NJW 1963, 824.

gative Koalitionsfreiheit und, so wird man folgern müssen, damit auch eine "negative Streikfreiheit";[378] denn wer nicht gezwungen werden kann, sich überhaupt einer Gewerkschaft anzuschließen (die ja von ihrer Aufgabenstellung her durchaus den allgemeinen Arbeitnehmerinteressen dient und dies im Regelfall durch "friedliches" Wirken und nur im Ausnahmefall durch den Streik erreicht), kann wohl schwerlich verpflichtet sein, an dem schärfsten Mittel der Arbeitnehmerkoalitionen zur Durchsetzung ihrer Interessen, dem Streik, teilzunehmen. Es ist freilich durchaus verständlich, wenn die Streikenden oftmals erbittert sind über die "Streikbrecher", die, anstatt Solidarität zu zeigen, ihnen "in den Rücken fallen", zumal auch die Streikbrecher bei einem Erfolg des Streiks in aller Regel davon profitieren. Es ist aber allgemein anerkannt, daß es völlig dem einzelnen Arbeitnehmer überlassen bleibt, ob er sich an einem Streik beteiligt oder nicht. "Streikposten", die die Durchführung und Einhaltung des Streiks überwachen, sind - darauf wurde bereits hingewiesen[379] - zwar zulässig, sie müssen ihre Tätigkeit jedoch auf gütliches Zureden auf die Streikbrecher beschränken; werden sie handgreiflich oder gewalttätig gegenüber Streikbrechern, so machen sie sich unbestritten je nach Einzelfall wegen Nötigung, Beleidigung, Körperverletzung oder Freiheitsberaubung strafbar.[380] Bei organisierten Arbeitnehmern allerdings, die den Streik gebrochen haben, kann nach den Satzungen der Gewerkschaften ein Ausschluß aus der Gewerkschaft ausgesprochen werden. Dies ist wegen der Solidaritätspflicht des einzelnen Mitglieds seinem Verband gegenüber, dem es ja freiwillig beigetreten ist, für zulässig zu erachten.[381] Im übrigen aber ist während eines Streiks der Einsatz

---

378) Seiter, S. 104, der eine "negative Arbeitskampffreiheit" ausdrücklich bejaht, weist zu Recht darauf hin, daß "die Frage nach einer negativen Arbeitskampffreiheit als Parallele oder Teilinhalt einer negativen Koalitionsfreiheit...nur selten aufgeworfen" werde. Seine Begründung hierfür dürfte durchaus zutreffend sein : "Den Grund dafür kann man unschwer in der kollektiven Arbeitskampftheorie (vgl. dazu oben S. 132 , Anm. d.Verf.) erblicken, die ihr Hauptaugenmerk auf die Koalitionen richtete und dabei die Rechtsstellung der Kampfteilnehmer aus den Augen verlor."

379) S. 129.

380) Hueck-Nipperdey, II/2, S. 1033, m.w.Nachw.; Hanau-Adomeit, S. 75; Nikisch, II, S. 92; Söllner, S. 72 f.; Zöllner, S. 276; BAG AP Nr. 5 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

381) Zum Verbandsausschluß, v.a. der Frage der gerichtlichen Nachprüfbarkeit, vgl. Hueck-Nipperdey, II/1, S. 186.

jedweder Zwangsmittel auf Arbeitswillige, seien sie Gewerkschaftsmitglieder oder nicht, unzulässig. Sofern eine Gewerkschaft den Einsatz derartiger Zwangsmittel von vorneherein plant oder aber diese später duldet, liegt ein sittenwidriger[382], ja, wie unten noch darzulegen ist, sogar strafrechtlich rechtswidriger Streik vor.[383]

Ist es aber - sogar strafrechtlich sanktioniert - unzulässig, während des "Kriegszustandes" des Streiks die Teilnahme am Streik zu erzwingen, so muß es erst recht verboten sein, danach, wenn der "soziale Friede" wieder hergestellt ist, Arbeitswillige durch erneute Streikdrohung um ihren Arbeitsplatz zu bringen.[384] Der Arbeitgeber würde dadurch zudem, wie Niese zu Recht bemerkt,[385] "zum Werkzeug der Rache an einem Rechtsgenossen" gemacht, der "nur von seinem guten Recht Gebrauch gemacht hat, frei zu entscheiden, ob er sich am Streik beteiligen will oder nicht". Wenn schon, wie oben S. 152 festgestellt, das Ziel, einen Arbeitskollegen aus dem Betrieb hinauszudrängen, nur weil er sich nicht einer Gewerkschaft anschließen will, im Regelfall als "verwerflich" im Sinne des § 240 II anzusehen ist, so muß dies umso mehr gelten, wenn der Grund dafür in der Weigerung liegt, einen Streik zu unterstützen; denn ein Streik ist immerhin ein ganz massiver Eingriff in den sozialen Frieden zwischen Arbeitnehmerschaft und Arbeitgeber. Mag ein Arbeitnehmer gute Gründe haben, einer Gewerkschaft nicht beizutreten, so kann er gewiß noch bessere haben, einem Streik als "offenem Kampf" fernzubleiben.

ccc) Mit der von der Gewerkschaft oder der Belegschaft ausgesprochenen Streikdrohung kann auch das Ziel verfolgt werden, daß Arbeitskollegen entlassen werden sollen, die sich in irgendeiner Weise mißliebig gemacht haben.

---

382) Siehe dazu oben S.134.

383) Siehe dazu unten S. 175.

384) Für die Unzulässigkeit eines Streiks mit dem Ziel der Entlassung von "Streikbrechern","wenn man eine negative Streikfreiheit anerkennt", auch Seiter, S. 528, Fußnote 75.

385) S. 63.

Auch für die Beurteilung dieser Fälle empfiehlt es sich aus den bereits dargelegten Gründen[386] zu prüfen, wie ein derartiges Verhalten nach den allgemeinen, insbesondere arbeitsrechtlichen Vorschriften zu beurteilen ist, um dadurch leichter den "rechten Maßstab" für die Beurteilung zu gewinnen, ob "Verwerflichkeit" im Sinne des § 240 II anzunehmen ist oder nicht. Ausgangspunkt der hier anzustellenden Überlegungen muß § 104 Betriebsverfassungsgesetz (BVG) sein. Dort ist bestimmt, daß der Betriebsrat vom Arbeitgeber die Entlassung oder Versetzung eines Arbeitnehmers verlangen kann, wenn dieser "durch gesetzwidriges Verhalten oder durch grobe Verletzung der in § 75 I BVG enthaltenen Grundsätze den Betriebsfrieden wiederholt ernstlich gestört" hat. Weigert sich der Arbeitgeber, die vom Betriebsrat beantragte Kündigung oder Versetzung vorzunehmen, so kann der Betriebsrat das Arbeitsgericht anrufen, mit dem Antrag, dem Arbeitgeber die Durchführung dieser Maßnahme aufzugeben. Das Arbeitsgericht entscheidet darüber im Beschlußverfahren (§ 2 I Ziff. 4 ArbGG).[387] Führt der Arbeitgeber einer entsprechenden gerichtlichen Entscheidung zuwider die Entlassung oder Versetzung nicht durch, so ist "auf Antrag des Betriebsrates vom Arbeitsgericht zu erkennen, daß er zur Vornahme der Entlassung oder Versetzung durch Zwangsgeld anzuhalten sei. Das Höchstmaß des Zwangsgeldes beträgt für jeden Tag der Zuwiderhandlung 500 Deutsche Mark." (§ 104 Satz 2 und 3 BVG).

Daraus läßt sich bereits ein erstes "materielles" Kriterium finden für die Beantwortung unserer Frage nach der Verwerflichkeit einer Streikdrohung mit dem Ziel der Entfernung eines mißliebigen Arbeitskollegen aus dem Betrieb. Der Betriebsrat[388] kann die Entfernung oder Versetzung eines Arbeitnehmers nur verlangen[389], wenn

---

386) Oben S. 147.

387) Vgl. Fitting-Auffarth-Kaiser, Betriebsverfassungsgesetz, 12. Auflage 1977, Rdn. 12 zu § 104. - Künftig zitiert als Fitting.

388) Oder ein dazu ermächtigter Ausschuß (§§ 27,28 BVG). Aus der Stellung des Betriebsrates als Interessenvertretung der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber nach Maßgabe des BVG folgt ohne weiteres, daß natürlich auch den einzelnen Arbeitnehmern gegenüber dem Arbeitgeber keine weitergehenden Rechte, hier z. B. im Hinblick auf ein Entlassungsverlangen bezüglich mißliebiger Arbeitskollegen, zustehen können als dem Betriebsrat.

389) Genügt eine Versetzung, so darf der Betriebsrat nicht die Entlassung verlangen, da jene weniger einschneidend ist (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit); Fitting, Rdn. 7 zu § 104.

dieser durch gesetzwidriges Verhalten[390] oder durch grobe Verletzung der in § 75 I BVG enthaltenen Grundsätze[391] den Betriebsfrieden wiederholt ernstlich gestört[392] hat. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, so kann weder der Betriebsrat noch einzelne Arbeitnehmer vom Arbeitgeber die Entlassung bzw. Versetzung eines Arbeitskollegen verlangen, geschweige daß sie seine Entlassung oder Versetzung durch Streik erzwingen dürften. Steht dem Betriebsrat und den einzelnen Arbeitnehmern aber kein derartiges Recht zu und bedenkt man die schwerwiegenden persönlichen und finanziellen Nachteile, die ein Verlust des Arbeitsplatzes mit sich bringt[393], so dürfte feststehen, daß eine derartige Streikdrohung, jedenfalls soweit sie die Entlassung des mißliebigen Kollegen zum Ziel hat, im Regelfall "sozialethisch verwerflich", d.h. aber "verwerflich" im Sinne des § 240 II ist. Eine andere Beurteilung im Einzelfall mag geboten sein, wenn lediglich die Versetzung des Mißliebigen an eine andere gleichwertige Stelle im Betrieb erzwungen werden soll. Es sind immerhin Fälle denkbar, wo das Verhalten des Arbeitnehmers, das bei den Arbeitskollegen Anstoß erregt, noch nicht die in § 104 BVG gezogene Grenze erreicht hat, andererseits aber bei verständiger Würdigung ein gedeihliches Zusammenarbeiten mit dem Mißliebigen

---

390) Gesetzwidrig verhält sich, wer den Willen zur Mißachtung der gesetzlichen Ordnung bekundet, z.B. bei wiederholter Verleumdung oder Beleidigung von Mitarbeitern, Tätlichkeiten, Diebstählen, Betrügereien oder unsittlichen Handlungen; Fitting, Rdn. 3, a.a.O.

391) Der vieldeutige Begriff des "unsozialen Verhaltens", wie er in § 66 IV BVG 1952 enthalten war, wurde durch den der "groben Verletzung der Grundsätze des § 75 I" ersetzt. Die Verletzung muß "grob", d.h. besonders schwer, sein. Der Arbeitnehmer muß gegen diese Grundsätze - also der Gleichbehandlung ohne Rücksicht auf Abstammung, Religion, Nationalität, Herkunft, politischer oder gewerkschaftlicher Betätigung oder Einstellung oder des Geschlechts - verstoßen, andere Arbeitnehmer in besonders auffälliger Weise diskriminiert haben. Bloße Ungefälligkeit, verschlossenes Wesen usw. reichen nicht aus. Hinsichtlich der Schuld wird nach h.M. kein Vorsatz, wohl aber Fahrlässigkeit gefordert. Vgl. Fitting, Rdn.4 und 6, a.a.O.

392) Das bedeutet, daß der Arbeitnehmer mindestens zweimal den Betriebsfrieden gestört haben muß und zwar ernstlich, d.h. in objektiv ernst zu nehmender Weise, von gewisser Dauer und von genereller Wirkung. Fitting, Rdn. 5, a.a.O.

393) Siehe dazu oben S. 150 ff.

nicht mehr erwartet werden kann. Obwohl eine derartige auf Versetzung des Mißliebigen gerichtete Streikdrohung gegen die in § 74 II BVG normierte Friedenspflicht[394] verstößt und "materiell", d.h. an § 104 BVG gemessen, nicht einmal das bloße Verlangen der Versetzung an den Arbeitgeber gerichtet werden dürfte, braucht diese noch nicht in jedem Falle "sozial unerträglich", d.h. "verwerflich" zu sein, so z.B. wenn der Mißliebige sofort eine wirtschaftlich und vom Ansehen her gleichwertige Stelle im Betrieb bekommt. Allerdings spielt hier meines Erachtens auch eine Rolle, ob das anstößige Verhalten in einem "aktiven provozierenden Tun" des Mißliebigen (z.B. wenn er durch andauernde derbe Späße und dergleichen seine Kollegen ärgert) liegt oder mehr in einem "passiven Verhalten" (also um im Beispiel zu bleiben, er an den derben Späßen seiner Kollegen keinen Gefallen finden kann und deshalb als verschlossen, unzugänglich usw. gilt). Im letzteren Falle kann es durchaus "verwerflich" sein, die Versetzung des Kollegen selbst an eine wirtschaftlich gleichwertige Stelle im Betrieb zu verlangen; denn es wäre "sozialethisch unerträglich", wenn ein Arbeitnehmer nur deshalb im Betrieb "herumgeschoben" werden dürfte[395], weil er - obschon er seine Arbeit zuverlässig verrichtet - nicht an den "rauhen Umgangsgepflogenheiten" seiner Kollegen teilnehmen will.

Es ist zuzugeben, daß hier im Einzelfall durchaus Abgrenzungsprobleme entstehen können, insbesondere kann zweifelhaft sein, ob das Verhalten des Mißliebigen schon die Voraussetzungen des § 104 BVG erfüllt oder nicht. Man wird in Grenzfällen daher die Regeln über den Verbotsirrtum nicht allzu engherzig eingreifen lassen müssen.

Wir waren bisher davon ausgegangen, daß das Verhalten des Mißliebigen die Voraussetzungen des § 104 BVG nicht erfüllt hat. Wie steht es nun aber, wenn diese Voraussetzungen gegeben sind ? Darf dem "Verlangen", das dem Betriebsrat in diesem Falle in § 104 BVG eingeräumt ist. auch mit Streik oder Streikdrohung "Nachdruck" verliehen werden ? Hierzu bestimmt § 74 II BVG : "Maßnahmen des Arbeitskampfes zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat sind unzulässig;

---

394) Dazu sogleich unten.

395) Es besteht hier ja sehr leicht die Gefahr, daß der "Versetzte" am neuen Arbeitsplatz sofort mit kritischen Augen betrachtet wird und die dortigen Kollegen versuchen, ihn baldmöglichst "weiterzureichen". Die Rechtsordnung kann freilich kaum mehr tun, als ihn davor zu schützen; das "große psychologische Problem" für Arbeitnehmer, die zwar gewissenhaft ihre Arbeit verrichten, aber aus irgendwelchen Gründen kontaktscheu und in diesem Sinne "unkollegial" sind,dieses Problem vermag sie nicht zu lösen.

...Arbeitgeber und Betriebsrat haben Betätigungen zu unterlassen, durch die der Arbeitsablauf oder der Frieden des Betriebs beeinträchtigt werden..." Anknüpfend an die Ausführungen oben S. wäre ein derartiger Streik also ein Verstoß gegen die Friedenspflicht zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, er wäre "betriebs-(verfassungs)widrig". Auch wenn man davon ausgeht, daß § 74 II BVG nur besondere Pflichten für den Betriebsrat, nicht aber auch für die einzelnen Arbeitnehmer begründet,[396] so wäre ein derartiger Streik ohne Beteiligung des Betriebsrates in irgendeiner Form als "wilder Streik" nach der Rechtsprechung des BAG und der h.M.[397] ebenfalls rechtswidrig.

Hinzu kommt, daß in § 104 BVG dem Betriebsrat (und damit letztlich auch der gesamten Arbeitnehmerschaft, deren Vertretungsorgan der Betriebsrat ja ist) eine gesetzlich normierte Möglichkeit an die Hand gegeben ist, einen Arbeitskollegen, der gröblich gegen den Betriebsfrieden verstoßen hat, zu entfernen. Im Regelfall besteht daher gar kein praktisches Bedürfnis, die Entlassung oder Versetzung eines Störenfrieds durch Streikdrohung zu erzwingen. Kommt es jedoch trotzdem zu einem derartigen "betriebswidrigen" Streik, so steht auch hier mit dieser Rechtswidrigkeit noch nicht fest, ob auch "Verwerflichkeit" im Sinne des § 240 II vorliegt. Freilich wird man grundsätzlich sagen müssen, daß es "sozial verwerflich" ist, wenn auf dem Wege des "Faustrechts" etwas erzwungen werden soll, für dessen Erlangung die Rechtsordnung ein gesetzliches Institut zur Verfügung gestellt hat, nämlich das Verlangen des Betriebsrats nach § 104 BVG mit der Möglichkeit, die Entscheidung des Arbeitsgerichts herbeizuführen. Es darf ja nicht übersehen werden, daß den Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer, der entlassen werden soll, eine Fürsorgepflicht trifft,[398] die den Arbeitgeber zum Schutz des Angegriffenen verpflichtet. Streiten Ar-

---

396) Fitting, Rdn. 7 zu § 74.

397) Vgl. oben S. 106 und insbesondere S. 121.

398) Der Arbeitgeber hat in eigener Verantwortung den Sachverhalt zu prüfen; kommt er zu dem Ergebnis, daß das Verlangen des Betriebsrats gem § 104 BVG nicht gerechtfertigt ist, hat er mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln aufgrund seiner Fürsorgepflicht den Angegriffenen zu schützen (Fitting, Rdn. 8 zu § 104), es sei denn, eine derartige Fürsorge würde zu einer erheblichen Gefährdung oder gar Vernichtung des Betriebs führen (BAG AP Nr. 1 zu § 626 Druckkündigung).

beitgeber und Betriebsrat über die Berechtigung des Entlassungsverlangens gem. § 104 BVG, so soll darüber das Arbeitsgericht entscheiden, nicht aber sollen vor der im Gesetz vorgesehenen gerichtlichen Entscheidung bereits durch unzulässigen wirtschaftlichen Druck auf den Arbeitgeber "vollendete Tatsachen" geschaffen werden können,die diesen zudem zur Verletzung seiner Fürsorgepflicht gegenüber dem Angegriffenen zwingen.[399]

Aber auch hier kann eine sorgfältige Prüfung im Einzelfall durchaus zu dem Ergebnis führen, daß eine "Verwerflichkeit" der Streikdrohung zu verneinen ist. So ist es denkbar, daß der Betriebsrat auf entsprechende Beschwerden aus dem Kreise der Arbeitnehmer nicht reagiert, d.h. sich weigert, seinen Pflichten nachzukommen, sei es das Verlangen auf Versetzung oder Entlassung des Mißliebigen gem. § 104 BVG an den Arbeitgeber zu richten, sei es, wenigstens gem. § 80 I Ziff 2 BVG beim Arbeitgeber vorstellig zu werden (d.h. "Maßnahmen, die dem Betrieb und der Belegschaft dienen, beim Arbeitgeber zu beantragen"), um hinsichtlich des beanstandeten Verhaltens des Arbeitskollegen in sonstiger Weise Abhilfe zu schaffen.[400] Die Arbeitnehmer hätten hier zwar gem. § 23 I BVG in gravierenden Einzelfällen die Möglichkeit, die Auflösung des Betriebsrats wegen grober Verletzung seiner gesetzlichen Pflichten beim Arbeitsgericht zu beantragen; dazu wäre aber mindestens ein Viertel der wahlberechtigten Arbeitnehmer erforderlich oder der Antrag müßte von einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft gestellt werden. Es ist aber durchaus denkbar, daß im Einzelfall (wenn die Angelegenheit nur eine kleine Abteilung in einem größeren Betrieb betrifft) die nötige Solidarität weder bei den übrigen Arbeitskollegen (z.B. aus Gleichgültigkeit) noch bei der Gewerkschaft (weil sie es aus irgendwelchen Gründen für taktisch nicht klug oder sonst inopportun

---

399) Der Fall zeigt übrigens, daß hier die Verwerflichkeit eines Streiks nicht mehr allein in der Verwerflichkeit des Ziels, sondern bereits im Mittel selbst bzw. in der Relation zwischen beiden liegt.

400) Vgl. hierzu auch das einprägsame Beispiel bei Niese, S. 67, : Ein Arbeiter hat in einen Saal, in dem Frauen arbeiten, regelmäßig Lasten zu bringen und dort wieder abzuholen. Dabei beleidigt er die Arbeiterinnen fortgesetzt durch Wort und Tat in ihrer Frauenehre (§ 185 StGB !). Der Betriebsrat hält die Beschwerden der Arbeiterinnen für unberechtigt, weil er in dem Verhalten des Arbeiters nur "Scherze harmloser Gemütlichkeit" sieht und wird nicht tätig.

hält, die Auflösung des Betriebsrats zu verlangen[401]) zu erreichen ist. Aber selbst wenn der Weg des § 23 I BVG im Einzelfall gangbar und der eine Versetzung oder Entlassung erzwingende Streik als "betriebswidrig" anzusehen wäre, so muß ein derartiger Streik nicht notwendig auch "verwerflich" sein; dies wird umso mehr anzunehmen sein, je mehr das Streikverhalten einer spontanen Notwehrhandlung gegen die "Angriffe"[402]) des mißliebigen Arbeitskollegen gleichkommt.

Den Fällen, in denen der Betriebsrat nicht tätig wird, sind gleichzustellen die Fälle, in denen er überhaupt nicht tätig werden kann. So gilt § 104 BVG nur für Arbeitnehmer im Sinne des BVG (§§ 5 I und 6), nicht aber für die in § 5 II [403]) und § 5 III[404]) BVG genannten Personen. Bei letzteren hat der Betriebsrat nur das Antragsrecht nach § 80 I Ziff. 2 BVG[405]). Die Befolgung eines derartigen Antrags, auch wenn er sachlich berechtigt ist, kann der Betriebsrat indessen nur in den im Gesetz ausdrücklich genannten Fällen (z.B. bei § 104 BVG, der hier aber gerade nicht anwendbar ist) erzwingen. Im übrigen braucht der Arbeitgeber den Anregungen des Betriebsrats nicht stattzugeben; er ist lediglich nach §§ 2 I, 74 I BVG verpflichtet, "sich ernsthaft mit ihnen zu beschäftigen".[406]) Treten Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat auf, so kann auch die Einigungsstelle hier nur nach § 76 VI BVG tätig werden[407]), d.h. sie wird nur tätig, wenn beide Seiten es beantragen oder mit ihrem Tätigwerden einverstanden sind. Ihr Spruch "ersetzt in diesen Fällen die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nur, wenn beide Seiten sich dem Spruch im voraus unterworfen oder ihn nachträglich angenommen haben" (§ 76 VI 2 BVG). Ein"rechtlich institutionalisierter Weg", über den Mißliebigen eine rechtsverbindliche Entscheidung herbeizuführen, sei es des Arbeitsgerichts, sei es der Einigungsstelle, steht in diesen Fällen also

---

401) Die Auflösung des Betriebsrats stellt ja immerhin ein "Politikum" auch und gerade für die betroffene Gewerkschaft dar. Die "Verbandsinteressen" der Gewerkschaft dürften daher im Zweifel von dieser höher eingeschätzt werden als die "Gerechtigkeitsinteressen" eines Einzelfalls.

402) So etwa, wenn die Arbeiterinnen in dem vorigen Beispielsfall von Niese, "um sich ihrer Haut zu erwehren", spontan die Arbeit niederlegen bis sichergestellt ist, daß der sie fortgesetzt beleidigende Arbeiter nicht mehr an ihrem Arbeitsplatz erscheint.

403) Beispiel : Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer, Ehegatte und die dort genannten Verwandten des Arbeitgebers.

404) Durch Dienstvertrag und Dienststellung näher qualifizierte "leitende Angestellte".

405) Fitting, Rdn. 2 zu § 104.

nicht offen. Mag ein Streik, mit dem die Entlassung eines leitenden Angestellten etwa erzwungen werden soll, auch in jedem Falle "betriebsverfassungswidrig" sein, "verwerflich" ist er nur, wenn er "sozial unerträglich" ist. Das dürfte aber sicher nicht der Fall sein, wenn dem Mißliebigen gesetzwidriges Handeln (z.B. sittliche Verfehlungen, aber auch fortgesetzte Beleidigungen gröberer Art und dergleichen) zur Last fällt. Zu beachten bleibt freilich, daß durch diese Wertung nicht ein "strafrechtlicher Freibrief" dafür erteilt werden darf, daß das vom Gesetzgeber mit gutem Grund ausgeschlossene Verlangen des Betriebsrats gem. § 104 BVG durch Streik straflos in jedem Fall "faktisch erzwungen" werden könnte (mögen auch die "materiellen" Voraussetzungen des § 104 BVG gegeben sein). In jedem Fall ist - schon nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen - Voraussetzung, daß der Streik wirklich das letzte "Notwehr"-Mittel nach Ausschöpfung aller im gegebenen Fall möglichen Verhandlungsmöglichkeiten ist, um das angestrebte "materiell berechtigte" Ziel zu erreichen.[408)]

ddd) In den bisher aaa) - ccc) besprochenen Fällen sollte mit Streik(drohung) die Entlassung eines Arbeitskollegen erzwungen werden. Wie aber steht es mit den Fällen, in denen mit Streik die Wiedereinstellung eines vom Arbeitgeber gemaßregelten Arbeitnehmers durchgesetzt werden soll ?[409)] Anzuknüpfen ist auch hier an die Überlegung, daß ein Streik nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen ("ultima-ratio-Prinzip") rechtswidrig ist, wenn das erstrebte Ziel auch auf dem Rechtsweg erreicht werden kann. Denn der Arbeits-

---

406) Fitting, Rdn. 9 zu § 80.

407) Fitting, Rdn. 7 zu § 80.

408) Zur Klarstellung sei angefügt, daß ein Streik zum Zwecke der Entlassung eines leitenden Angestellten nach richtiger Ausfassung aber grundsätzlich von einer Gewerkschaft durchgeführt werden kann, wenn die sonstigen Voraussetzungen ("ultima ratio", Verhältnismäßigkeitsgrundsatz usw.) vorliegen. § 74 II 1 BVG läßt ja "Arbeitskämpfe tariffähiger Parteien" ausdrücklich unberührt und ein gesetzlicher Weg, zu einer verbindlichen Entscheidung zu gelangen, besteht in diesen Fällen, wie dargelegt, gerade nicht. So auch Hueck-Nipperdey, II/2, S. 1027, Fußnote 73. Zur Frage, daß es sich hierbei um ein "tariflich regelbares Ziel" handelt, siehe Hueck-Nipperdey, II/1, S. 251 ff.

409) Auch dieser Fall bezieht seine mögliche Verwerflichkeit nicht schon aus dem Ziel (dieses ist ja gerade im Hinblick auf den wiedereinzustellenden Arbeitnehmer sogar positiv), sondern erst aus dem Mittel und der Relation zwischen Mittel und Zweck; trotzdem sei er des Zusammenhanges willen an dieser Stelle angefügt.

kampf ist grundsätzlich nur ein Mittel zur Rechtsänderung im Sinne einer künftigen tariflichen Rechtsgestaltung, nicht aber zur Rechtsverwirklichung. Die Rechtsverwirklichung ist im Rechtsstaat Aufgabe der dafür zuständigen Gerichte; Selbsthilfe ist nur ausnahmsweise in ganz besonderen, gesetzlich normierten Fällen zulässig. Überwiegend wird daher formuliert, daß ein Streik um die Wiedereinstellung eines entlassenen Arbeitskollegen unzulässig sei, wenn dieser die Kündigungsschutzklage hätte erheben können.[410] Nikisch[411] meint nun freilich - obwohl auch er ein "Selbsthilferecht" ablehnt - daß es sich nicht um eine Rechtsfrage handle, wenn der Streit darum gehe, ob von einem Recht Gebrauch gemacht oder eine rechtliche Maßnahme zurückgenommen werden soll. Wollen die Arbeiter eines Betriebes mit ihrem Streik also den Arbeitgeber bestimmen, von einer Kündigung abzusehen, die schon ausgesprochene zurückzunehmen oder den entlassenen Arbeiter wieder einzustellen, so brauchten sie damit dem Arbeitgeber nicht das Recht zur Kündigung zu bestreiten, sie wollten damit vielmehr ihm in der Regel eine Maßnahme abgewinnen, die in seinem freien Ermessen steht. Ein solcher Streit eignete sich gar nicht für eine gerichtliche Entscheidung, weshalb es auch keine Rolle spielen könne, ob der entlassene Arbeitnehmer die Kündigungsschutzklage hätte erheben können. Denn habe er dies nicht getan und sei die Kündigung infolgedessen als wirksam anzusehen (§ 7 KSchG), so sei damit nur die Rechtsfrage entschieden, nicht aber die Frage, ob eine Wiedereinstellung angebracht ist. Dieser Standpunkt ist indessen wohl unhaltbar. Denn wenn dies richtig wäre, könnte das Verbot des Arbeitskampfes um eine Rechtsfrage (da insoweit ja auf den Rechtsweg verwiesen ist) stets dadurch umgangen werden, daß dem Arbeitgeber zwar der von ihm vertretene Rechtsstandpunkt zugebilligt wird, er aber durch die Streikdrohung an der Ausübung dieses seines Rechtes praktisch verhindert wird. Damit würde man - trotz "formaler" Anerkennung des "Vorranges des Rechtswegs" - in der Sache doch ein Selbsthilferecht anerkennen.[412] Nikisch ist freilich insoweit selbst nicht konsequent, wenn er einen Streik nach Ergehen einer gerichtlichen Entscheidung für unzulässig erachtet.[413] Denn auch nach Ergehen einer

---

410) Hueck-Nipperdey, II/2, S. 1027, m.w.Nachw.

411) II, S. 123.

412) So auch Hueck-Nipperdey, II/2, S. 1027; Seiter, S. 531.

413) II, S. 124.

gerichtlichen Entscheidung steht es ja für den Arbeitgeber noch im freien Ermessen, ob er die strittige Maßnahme durchführen bzw. rückgängig machen will, also von seinem nunmehr gerichtlich bestätigten Recht Gebrauch machen will oder nicht. Ein derartiges Selbsthilferecht kann also in keinem Falle anerkannt werden. Damit ist aber gerade bei diesen Streikfällen noch keine Entscheidung darüber gefallen, ob die Ausübung eines derartigen Selbsthilferechts auch "verwerflich" ist. Auch wenn der gekündigte Arbeitskollege die Möglichkeit einer Kündigungsschutzklage nicht wahrgenommen hat, dürfte es kaum "sozialethisch unerträglich" sein, wenn seine Arbeitskollegen spontan dafür eintreten, daß dem Gekündigten der Arbeitsplatz erhalten bleibt und ihm damit die oben geschilderten Nachteile[414], die mit dem Verlust des Arbeitsplatzes stets verbunden sind,gerade erspart werden. Hier müßten meines Erachtens schon gewichtige Gründe zugunsten des Arbeitgebers im Einzelfall eingreifen, die es als unerträglich erscheinen lassen, daß an der rechtlich nun einmal feststehenden Tatsache einer wirksamen Kündigung nachträglich noch einmal mit "außerrechtlichen Mitteln" gerüttelt wird (so z.B. wenn das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Entlassenem durch Verfehlungen des letzteren schwer erschüttert ist und dieser selbst in Erkenntnis dessen die Kündigung akzeptiert hat).

Sofern freilich die Frage einer wirksamen Kündigung durch das Gericht zwischen Arbeitgeber und Gekündigtem zugunsten des Arbeitgebers rechtskräftig entschieden wurde, besteht allerdings wohl eher ein Indiz dafür, daß "Verwerflichkeit" vorliegt. In diesen Fällen liegt meist auch bereits ein größerer Zeitraum zwischen Ausspruch der Kündigung durch den Arbeitgeber und der Streikdrohung, so daß nicht mehr von einer "spontanen Solidaritätsbekundung"[415] gesprochen werden kann. Wenn hier nun dem Arbeitgeber sein Recht, das ihm die im Rechtsstaat dafür zuständigen Gerichte ausdrücklich bestätigt haben, durch Anwendung von Selbsthilfe im Wege des Streiks wieder aus der Hand geschlagen werden soll, dürfte

---

414) Vgl. oben S. 150 ff.

415) Als Reaktion auf den Ausspruch der Kündigung; als Reaktion auf das Gerichtsurteil ist es aber gerade "sozial unerträglich", wenn dem obsiegenden Arbeitgeber der Spruch der im Rechtsstaat dafür zuständigen Stelle praktisch undurchsetzbar gemacht werden soll. Im übrigen liegt in solchem Verhalten auch eine unerträgliche Mißachtung des Gerichts.

dies im Regelfall als "sozial unerträgliches" Verhalten zu gelten haben und damit "Verwerflichkeit" zu bejahen sein.

eee) Im folgenden soll nun untersucht werden, ob durch Streik (drohung) die (Neu -) Einstellung eines Arbeitnehmers verhindert werden darf. Soweit es um die Einstellung eines Arbeitnehmers geht, steht dem Betriebsrat das Mitbestimmungsrecht gem § 99 BVG zu. Danach (§ 99 II Ziff. 6 BVG) kann der Betriebsrat die Zustimmung verweigern, wenn "die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, daß der für die personelle Maßnahme in Aussicht genommene Bewerber oder Arbeitnehmer den Betriebsfrieden durch gesetzwidriges Verhalten oder durch grobe Verletzung der in § 75 I BVG enthaltenen Grundsätze stören werde".[416] "Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, so hat er dies unter Angabe von Gründen innerhalb einer Woche nach Unterrichtung durch den Arbeitgeber diesem schriftlich mitzuteilen. Teilt der Betriebsrat dem Arbeitgeber die Verweigerung seiner Zustimmung nicht innerhalb der Frist schriftlich mit, so gilt die Zustimmung als erteilt." (§ 99 III BVG) "Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, so kann der Arbeitgeber beim Arbeitsgericht beantragen, die Zustimmung zu ersetzen." (§ 99 IV BVG) Bei der Neueinstellung steht dem Betriebsrat also sogar ein echtes Mitbestimmungsrecht zu. Allerdings gilt auch § 99 BVG nur für die in § 5 I BVG genannten Arbeitnehmer, also z.B. nicht für "leitende Angestellte".[417] Weigert der Betriebsrat sich, gem. § 99 BVG tätig zu werden, so kann auch hier seine Auflösung gem. § 23 BVG beim Arbeitsgericht beantragt werden.

Die arbeitsrechtliche Situation bei der Verhinderung der Einstellung eines Arbeitnehmers durch den Betriebsrat ist hier also ähnlich wie bei dem oben ccc) erörterten Fall des Entlassungsverlangens an den Arbeitgeber. Möglicherweise ist die Stellung des Betriebsrates hier sogar noch stärker, insofern ein ohne Mitwirkung des Betriebsrates gem. § 99 BVG gleichwohl abgeschlossener Arbeitsvertrag von vorneherein nichtig ist.[418] Auch hier ist ein praktisches Bedürfnis für eine streikweise Verhinderung der Einstellung eines bestimmten Arbeitnehmers kaum zu erkennen. Jedenfalls wird es als "sozialethisch unerträglich" anzusehen sein, wenn mit einem Streik das erreicht werden soll, was der Betriebsrat sehr leicht kraft des ihm eingeräumten Mitbestimmungsrechtes hätte verhindern

---

416) Der "materielle" Maßstab ist also derselbe wie bei § 104 BVG; siehe dazu oben S.156 ff.
417) Siehe dazu oben Fußnoten 403, 404.
418) Fitting, Rdn. 42 zu § 99.

können; das gleiche gilt, wenn eine für den Arbeitgeber positive Entscheidung des Arbeitsgerichts nach § 99 IV BVG durch nachträglichen Streik überspielt werden soll. Als Ausnahmefälle kann aber auch hier daran gedacht werden, wenn es um die Einstellung eines "leitenden Angestellten" usw. geht (wenn also § 99 BVG nicht anwendbar ist) oder der Betriebsrat seine Rechte aus § 99 BVG grob pflichtwidrig nicht wahrnimmt, eine Auflösung gem. § 23 BVG nicht durchsetzbar ist und es deshalb zur Abwehr einer ernstlichen Gefahr für den Betriebsfrieden zu einem spontanen Streik von Arbeitnehmern kommt. Diese Fälle dürften aber äußerst selten sein, da einerseits kaum im voraus das Verhalten usw. des Neueinzustellenden hinreichend bekannt sein dürfte, andererseits der Arbeitgeber aus eigenem Interesse nicht gerade einen "notorischen Kriminellen" in seinen Betrieb wird aufnehmen wollen.

b) Als zweite Hauptgruppe sollen nun die Fälle untersucht werden, bei denen eine mögliche Verwerflichkeit sich insbesondere aus dem angewandten Mittel bereits ergibt. Das sind einmal die Fälle, in denen das Streikmittel als solches schon nicht zugelassen ist, also vor allem die Fälle des "betriebsverfassungswidrigen"[419] und des "amtswidrigen" Streiks, zum anderen Fälle, in denen das an sich zulässige Mittel des Streiks wegen der Art seiner konkreten Durchführung unzulässig wird, also die Fälle des "unfairen" und des "ruinösen" Streiks.

aa) Für die Beurteilung des "amtswidrigen" Streiks[420] müssen wir kurz auf die bereits oben[421] getroffenen Feststellungen zurückgreifen. Wir hatten dort festgestellt, daß nach h.M. für die Beamten und Richter nicht nur kein verfassungsmäßiges Streikrecht gewährleistet ist (Art. 9 III i.V.m. Art. 33 IV, V GG), sondern darüber hinaus sogar ein allgemeines Streikverbot besteht.[422]

---

419) Siehe dazu die schon oben S. 158 ff. erörterten Fälle, die des Sachzusammenhanges wegen bereits dort besprochen wurden.

420) Die Beamten unterliegen natürlich nicht im eigentlichen Sinne dem Arbeitsrecht; insbesondere werden ihre Arbeitsbedingungen (v.a. die Beamtengehälter) nicht durch Tarifverträge, sondern durch staatliche Gesetze festgelegt. Wegen des in dieser Arbeit zugrundegelegten "weiten" Streikbegriffs (siehe S. 30) und des engen Sachzusammenhangs (Kampf um Verbesserung der wirtschaftlichen Bedingungen usw.) soll der Beamtenstreik jedoch ohne weiteres hier mitbehandelt werden.

421) S. 18 ff. und S. 131.

422) Vgl. etwa Hueck-Nipperdey, II/2, S. 979, m.w.Nachw.

Zur Begründung verweist die h.M. auf das öffentlichrechtliche Dienst- und Treueverhältnis (Art. 33 IV GG), mit dem eine Arbeitsverweigerung oder Arbeitseinstellung unvereinbar sei.[423] Diese Argumentation übersieht freilich, daß im Arbeitsrecht inzwischen auch das private Arbeitsverhältnis als ein auf die beiderseitige "Treue" gegründetes Gemeinschaftsverhältnis verstanden wird,[424] so daß allenfalls graduelle Unterschiede zwischen den Pflichten des Beamten zur Treue gegenüber seinem Dienstherrn und denen des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber bestehen könne. Teilweise[425] wird die "Treuepflicht des Beamten" sogar als inhaltslose Formelfloskel angesehen, die in der (historischen) Beziehung des "Staatsdieners" zu seinem Fürsten noch eine reale personale Grundlage gehabt habe, im modernen Staat, in dem der "Souverän" ein nur noch juristisch faßbares Gebilde ist, aber keinen sinnvollen Bezug mehr bezeichnen könne. Ebenso ist es wohl stark idealisiert, wenn teilweise ausgeführt wird, die Tätigkeit der Beamten werde vom Recht nicht als eine Arbeit um des Erwerbs willen betrachtet, sondern als Dienst zum Wohle des Staates und des gesamten Volkes[426] verstanden. Ich meine, derartige idealisierende Betrachtungsweisen können doch wohl kaum Grund genug dafür sein, den Beamten die Freiheit und das Recht, sich für ihre Interessen im Arbeitskampf einzusetzen, zu verweigern. Man wird schon auf die in der Tat vorhandenen sachbezogenen Gründe zurückgreifen müssen, um ein solches Streikverbot begründen zu können. Wenn - wie bereits oben S. 129 ausgeführt und unten S. 189 noch näher darzulegen ist - schon der Streik in einem lebenswichtigen privaten Betrieb wegen der weitreichenden Folgen auch und gerade für die Allgemeinheit grundsätzlich rechtswidrig ist, so muß dies erst recht für den Streik in öffentlichen Betrieben oder Verwaltungen gelten. Das störungsfreie "Funktionieren" des Staatsapparates ist für die Allgemeinheit von so überragender Bedeutung, ein "Stillstand des staatlichen Lebens" auch nur in Teilbereichen hat derart gravierende unmittelbare Auswirkungen auf das gesamte Staatsvolk, daß in

---

423) Vgl. etwa RGSt 56, 422.

424) Siehe dazu im einzelnen etwa Nikisch, I, S. 101 und 445 ff.

425) Vgl. S. 19 f.

426) So etwa Hueck-Nipperdey, II/2, S. 981.

der Tat "ein Staat sich selbst aufgeben würde, wenn er seinen Bediensteten gestatten wollte, ihre Interessen auf diesem Wege zu verfolgen."[427] Kaiser führt hierzu zu Recht aus[428]: "Der Staat ist weder ein Industriellenverein oder Arbeitgeberverband noch darf er ihnen gleichgesetzt werden oder behandelt werden wie sie, denn er ist die politische und rechtliche Form, in der die Nation existiert." Dazu kommt, daß bei jedem Streik der Fall eintreten kann, daß die von den Arbeitnehmern geforderten Zugeständnisse das wirtschaftlich noch Vertretbare, Verantwortbare weit übersteigen, die Arbeitgeberseite aber schließlich nachgibt, um die durch den Kampf ebenfalls ständig wachsenden Schäden zu vermeiden. "In eine solche Lage darf der Staat nicht gebracht werden. Es geht nicht an, daß die öffentlichen Bediensteten durch einen Streik das Gemeinwesen, dem sie zu dienen haben, nicht nur unmittelbar schädigen, sondern auch möglicherweise zu Maßnahmen nötigen, die mit dem Gemeinwohl nicht mehr zu vereinbaren sind."[429][430] Im Hinblick auf den damit verbundenen Autoritätsverlust des Staates nennt Wacke[431] denn auch die Meinung, daß der Streik im öffentlichen Dienst ein erlaubtes Kampfmittel sei, eine "staatsnihilistische Auffassung".

Diese sachbezogenen Gründe sind es, die ein grundsätzliches Streikverbot für Beamte und Richter rechtfertigen. Nun geht es allerdings zu weit, wenn Nikisch[432] daraus den Schluß ziehen will,

---

427) Nikisch, II, S. 143.

428) Kaiser, Der politische Streik, 2. Auflage, S. 41.

429) Nikisch, II, S. 143.

430) In diesen Fällen von einem "politischen Streik" zu sprechen, wie dies gelegentlich geschieht (z.B. Kaiser, S. 32, : "Wenn aber ein arbeitsrechtlicher Streik offensichtlich lebensnotwendige Belange der politischen Gemeinschaft gefährdet, so wird er eo ipso zum politischen Streik.") ist nicht richtig, jedenfalls systematisch wenig sinnvoll. Zur richtigen Abgrenzung nach dem "wahren Adressaten" der Streikdrohung : Arbeitgeber (dann wirtschaftlicher Streik) oder staatliche Organe (dann politischer Streik) siehe schon oben S. 16 und vor allem unten S.263 ffund die dort Zitierten. In den Fällen des hier gemeinten "Beamtenstreiks" richtet sich die Streikdrohung grundsätzlich gegen den Staat als Arbeitgeber, nicht als Hoheitssubjekt. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die Beamtengehälter nicht durch Tarifvertrag, sondern durch Gesetz festgelegt werden. Andernfalls wäre auch ein Streik der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst verfassungswidriger politischer Streik. So auch Hueck-Nipperdey, II/2, S. 982 Fußnote 6 f.

431) Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, Tübingen 1957, S. 94.

432) II, S. 143 ff.

daß auch den Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes ein Streikrecht versagt werden müsse. Zwar ist Nikisch beizupflichten, wenn er meint, daß es sehr zweifelhaft sei, "ob die abweichende h.M. sich mit Grund darauf berufen kann, daß bei den öffentlichen Arbeitnehmern die besondere beamtenrechtliche Treuepflicht fehle" bzw. "daß der Staat seinen Angestellten und Arbeitern nicht als Hoheitsträger, sondern als Arbeitgeber gegenüberstehe"[433] und Nikisch weist mit Recht darauf hin, daß es entscheidend doch nur auf die sachbezogenen Gründe ankommen könne, die ein Streikrecht im öffentlichen Dienst verbieten und zwar auch für Angestellte und Arbeiter im öffentlichen Dienst verbieten, "deren Tätigkeit für die ordnungsmäßige Erledigung der öffentlichen Aufgaben vielfach nicht weniger wichtig ist als die der Beamten."[433] Die Frage, die indessen zu stellen wäre, müßte aber doch wohl lauten : Könnte es denn nicht sein, daß gerade diese sachbezogenen Gründe eine Ausdehnung der Streikfreiheit[434] auch auf Beamte sachlich geboten erscheinen lassen ? Auch die Argumentation, die aus dem Gesichtspunkt heraus, daß der "Staatsapparat allzeit funktionsbereit" sein müsse,ein Streikrecht für Beamte verneint, muß sich in acht nehmen, nicht von dem durchaus richtigen Ausgangspunkt aus zu allzu weitgespannten Formulierungen zu gelangen, in denen an die Stelle einer "idealisierten Treuepflicht" eine letztlich ebenso "idealisierte ständige staatliche Funktionstüchtigkeit" sozusagen als Selbstzweck tritt. Wie bereits oben dargelegt[435], gibt es sicher einen "Kernbereich" hoheitlich staatlicher Aufgaben (z.B. Polizei- und Strafvollzugsdienst, Wehrdienst), in dem keine auch noch so kurze Unterbrechung in der Ausübung staatlicher Macht hingenommen werden kann, ohne daß in der Tat der Staat als solcher infrage gestellt wird. Daneben steht aber ein durchaus weiter Bereich, in dem

---

433) II, S. 144.

434) Ob ein Streikrecht auch für Beamte im Sinne einer verfassungsmäßigen Garantie aus Art. 9 III GG zumindest in Teilbereichen abgeleitet werden kann, ist wegen Art. 33 IV GG und angesichts der h.M. sicher sehr zweifelhaft. Es wäre aber schon viel gewonnen, wenn man wenigstens eine "partielle" (d.h. auf bestimmte Funktionsbereiche der Beamtentätigkeit beschränkte) Streikfreiheit im Sinne eines "Nichtverbotenseins" anerkennen würde (vgl. dazu das 1. Kapitel).

435) S. 19 ff.

die Anerkennung einer Streikfreiheit auch für Beamte wohl kaum als "staatsnihilistisch" bezeichnet werden kann. Erinnert sei hier noch einmal an die bereits erwähnten Aktionen "Igel" und "Adler"[436] der Postgewerkschaft bzw. der Gewerkschaft der Eisenbahner Deutschlands. Es bedarf keiner näheren Erläuterungen, daß ein derartiger Streik von Beamten ganz besonders unter den allgemeinen Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und der "ultima ratio" steht. Sind diese Voraussetzungen im Einzelfall jedoch erfüllt, vermag ich nicht einzusehen, weshalb beispielsweise ein - zeitlich begrenzter - Streik bei Post oder Eisenbahn die "Existenz des Staates" infrage stellen sollte.[437] Die Grenze, die hier zu ziehen wäre, kann doch wohl nicht anders sein als im Falle eines Streiks in einem privaten wichtigen Versorgungsbetrieb;[438] allein aus der "formalen" Stellung der Streikenden als Beamte kann sich eine derart rigorose Versagung der Streikfreiheit weder aus dem Gesichtspunkt der "besonderen Treuepflicht des Beamten", noch aus dem der Notwendigkeit "ständiger staatlicher Funktionsbereitschaft" hergeleitet werden. Wenn ein Streik von Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes, die an für das Funktionieren des Staates vergleichbar wichtigen Positionen ihren Dienst verrichten wie ihre "beamteten Kollegen", die "Existenz des Staates" nicht bedroht, so wird dies schwerlich allein deshalb der Fall sein, weil Beamte im Sinne des Beamtenrechts das nämliche tun. Wir brauchen diese Fragen indessen nicht zu entscheiden. Mag man auch auf dem Standpunkt stehen, ein Beamtenstreik sei stets "amtswidrig" und damit rechtswidrig, so haben wir hier doch letztlich als entscheidende Frage zu klären, ob bei derartigen Streiks eine strafrechtliche "Verwerflichkeit" im Sinne des § 240 II in Betracht kommt.

Hier freilich spielen die eben angeschnittenen Probleme eine wichtige Rolle. Meines Erachtens kann die Frage nach der strafrechtlichen Relevanz, d.h. wann Verwerflichkeit im Sinne des § 240 II vorliegt und wann nicht, nur danach richtig entschieden werden, in welchem Maße die soeben genannten Sachargumente zugunsten einer effektiven Funktionsbereitschaft des Staates zum Tragen kommen. Das bedeutet, daß ein Beamtenstreik im "Kernbereich" hoheitlicher Tätigkeit (z.B. Polizeidienst) stets "verwerflich" sein wird; denn es ist "sozialethisch unerträglich", wenn eine Gruppe von Bürgern, die sich dem Gemeinwesen gegenüber ver-

---

436) Siehe oben S. 21 und Hueck-Nipperdey, II/2, S. 979 Fußnote 5 e.
437) So führen etwa Hueck-Nipperdey, II/2, S. 982, ausdrücklich aus, daß das allgemeine Kampfverbot für alle Arten des Kampfes gelte, also insbesondere auch die Durchführung von Demonstrations- und Warnstreiks verwehrt sei.
438) Siehe dazu unten S. 183.

pflichtet hat, für dessen Existenz lebensnotwendige, unabdingbare Funktionen zu erfüllen, diese Aufgaben nicht mehr erfüllen will, nur um damit eine Verbesserung der eigenen materiellen Situation zu erzwingen. Hier kann der Staat keinen noch so kurzzeitigen Ausfall staatlicher Hoheitsgewalt hinnehmen. Dagegen wird ein Streik, der im Bereich der allgemeinen Daseinsvorsorge von Beamten geführt wird, jedenfalls allein deshalb, weil die Streikenden Beamtenstatus haben, noch nicht als "sozialethisch unerträglich" angesehen werden können. Nun mag sofort die Frage auftauchen, wo denn eigentlich genau die Grenze der Strafbarkeit zwischen diesen beiden Polen verläuft. Hier ist an die oben vertretene Auffassung[439] anzuknüpfen, wonach es - auch im außerstrafrechtlichen Bereich - letztlich wohl nicht auf eine theoretisch exakte Abgrenzung zwischen erlaubter und verbotener Streikbetätigung bei Beamten ankommt bzw. eine derartige exakte Abgrenzung auch kaum zu finden sein dürfte. Ich habe dort vielmehr den Standpunkt vertreten, daß die "Evolution" in der praktischen Wirklichkeit in diesen Dingen den "richtigen " Weg weisen wird. Wie die Aktionen "Igel" und "Adler" bei Post bzw. Eisenbahn bewiesen haben, wird es allmählich dazu kommen, daß - ausgehend von Bereichen, in denen funktional die Beamtentätigkeit sich praktisch nicht von der eines Angestellten des öffentlichen Dienstes (der ja grundsätzlich streiken darf) unterscheidet - vorsichtig tastend immer weitere Bereiche der Beamtentätigkeit für eine "faktische Streikfreiheit" erobert werden. Solange alle sonst auch beim Streik zu beachtenden Grundsätze strikt eingehalten werden, dürfte gegen eine derartige Entwicklung auch nichts einzuwenden sein. Wichtig ist nun freilich, daß die sich für die strafrechtliche Beurteilung des Beamtenstreiks ergebenden Kriterien diese "Evolution" in keiner Weise beeinträchtigen, vielmehr mit ihr konform gehen. Damit steht einmal fest, daß Beamte, die in einem nicht typisch hoheitlichen Bereich "den Streik proben",[440] grundsätzlich nicht Gefahr laufen müssen, strafrechtlich belangt zu werden (mit allen gerade bei einem Beamten für dessen dienstliches Fortkommen nachteiligen Konsequenzen); zum anderen ist aber

---

439) S. 21.

440) Meist verläuft ein Beamtenstreik nicht in Form des "offenen" Streiks, sondern "getarnt" als "Bummelstreik" oder "Dienst nach Vorschrift". Siehe genauer dazu Kapitel 3, S. 203 ff.

ebenso sichergestellt, daß im "Kernbereich" hoheitlich staatlicher Machtausübung jede Streikbetätigung von Beamten durch strafrechtliche Sanktionen unterbunden ist.

Zur Klarstellung sei hier auch deutlich noch einmal darauf hingewiesen, daß auch eine strafrechtliche Haftung eines streikenden Beamten aus § 105 StGB nicht in Betracht kommt. Zwar liegt es durchaus nahe, bei Beamten, deren Dienstbedingungen, insbesondere Gehälter, ja nicht durch Tarifvertrag, sondern durch Gesetz festgelegt werden, anzunehmen, daß durch einen Beamtenstreik "ein Gesetzgebungsorgan des Bundes oder eines Landes" genötigt werden kann. Hier zeigt sich indessen, wie wichtig es ist, im Sinne der oben zum Gewaltbegriff entwickelten Vorstellungen[441] zu unterscheiden zwischen bloßer "Drohung mit einem empfindlichen Übel" einerseits - das ist jeder Streik zweifelsohne, aber auch nicht mehr ! - und "Gewalt" andererseits als physisch vermittelte Zwangswirkung. Nur letztere (Gewalt oder Drohung mit Gewalt) ist als Nötigungsmittel bei § 105 ausreichend. Würde man hier den "weiten Gewaltbegriff" zugrundelegen, so würden wohl die meisten Beamtenstreiks unter § 105 fallen; denn der erforderliche und ausreichende "psychische Zwang von einigem Gewicht" dürfte gerade bei Beamtenstreiks wegen der im allgemeinen wichtigen Funktionen ihrer Träger und der daraus resultierenden sofort spürbaren Schäden bei deren Ausfall sehr schnell gegeben sein ("Funktionseliten", siehe dazu näher unten S. 206). Als unterste Strafgrenze wäre dann Freiheitsstrafe von einem Jahr zu verhängen, ausreichend, um den Beamten in jedem Falle eo ipso aus dem Staatsdienst zu entfernen ![442] Die kriminalpolitische Würdigung dieses Ergebnisses, das zudem allen dogmatischen Erwägungen und auch den Intentionen des Gesetzgebers widerstreitet (vgl. oben S. 75 ff.), mag jeder für sich selbst vornehmen.[443]

---

441) S. 82 f.

442) Wird ein Beamter wegen einer vorsätzlichen Tat zu Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt, so endet das Beamtenverhältnis gem. § 24 BRRG mit Rechtskraft des Urteils. - Vgl. auch Ule, Beamtenrecht, S. 92 ff.

443) Dagegen ist § 106, der ja in seinen Nötigungsmitteln identisch ist mit § 240, bei einem Beamtenstreik grundsätzlich ebenfalls erfüllt; dazu näher unten S. 343.

bb) Als nächstes seien nun die Fälle des "unfairen" Arbeitskampfes besprochen und zwar zunächst der Unterfall des mit "wahrheitswidriger oder aufhetzender Propaganda" betriebenen Streiks.[444] Bereits an anderer Stelle[445] haben wir festgestellt, daß der Streik, insbesondere der gewerkschaftlich organisierte, nicht lediglich eine Nötigung durch Unterlassen ist, sondern durch positives Tun. Dies wurde vor allem damit begründet, daß ein Streik seine Effektivität gerade durch den Einsatz der Machtmittel der Organisation gewinnt. Einen ganz wesentlichen Teil eines derartigen "strategisch und taktisch" richtig geführten Streiks stellt die Propaganda in der Öffentlichkeit dar, sie ist ein Stück "psychologischer Kriegsführung"[446]. Ziel der Propaganda ist es einmal, den Streikenden selbst Vertrauen in die Berechtigung der gesteckten Kampfziele zu geben und ihnen zu zeigen, daß ein Kampf um sie bei genügender Ausdauer und Solidarität erfolgreich sein wird, zum anderen aber soll die Propaganda auch und gerade um Verständnis und "moralische Unterstützung" bei der Allgemeinheit für die Forderungen der Streikenden werben. Wenn auch der durch den Streik insgesamt auf die Arbeitgeberseite ausgeübte Druck einschließlich der mit dem Streik zwangsläufig verbundenen Schädigung des Gegners als Kampfmittel gerade erlaubt ist, so ist doch allgemein anerkannt, daß bei der Streikpropaganda gewisse Spielregeln des "fair play" einzuhalten sind. So wurde bereits erwähnt[447], daß ein planmäßig mit wahrheitswidriger, entstellender oder aufhetzender Propaganda geführter Streik, wiewohl "an sich" zulässig, durch eben diese unlautere Art der Durchführung "sittenwidrig" im Sinne des § 826 BGB wird.[448] Die Frage, die wir freilich zu klären haben, lautet, ob ein solcher "sittenwidriger" Streik auch "verwerflich" im Sinne der strafrechtlichen Nötigung ist. "Sittenwidrig", "unmoralisch" und "unfair" ist ein solcher Streik gewiß, aber es wird

---

444) Vgl. hierzu auch Seiter, S. 523 ff.

445) S. 46.

446) Erinnert sei noch einmal an den oben S. 81 Fußnote 158 erwähnten "Zeitungsstreik" des Jahres 1978 und die geschickte Propaganda der Gewerkschaft.

447) Oben S. 129 und 133 ff.

448) Vgl. Hueck-Nipperdey, II/2, S. 1029; Nikisch, II, S. 140; Palandt, Anm. 8 k) zu § 826.

sich im Regelfall doch wohl kaum feststellen lassen, daß der Nötigungsdruck auf den Arbeitgeber dadurch in "sozialethisch unerträglicher" Weise verschärft wird. Unwahre Propaganda wird meist sehr schnell und auch wirksam durch Gegenpropaganda bekämpft. Die Art der Propaganda als solche vermag den "Kampfgeist" der Gegenseite im allgemeinen jedenfalls kaum in unerträglicher Weise zu schmälern. Was für die Arbeitgeberseite entscheidend zählt, ist vielmehr der Umfang und die Dauer der Arbeitseinstellung selbst. Das bedeutet aber, daß in diesen Fällen der wahrheitswidrigen usw. Propaganda zwar regelmäßig ein "sittenwidriger", nicht aber auch ein als Nötigung strafbarer Streik vorliegt.[449] Freilich mögen auch hier Ausnahmefälle denkbar sein, so wenn etwa nur ein einzelner Arbeitgeber wegen einer bestimmten Maßnahme bestreikt wird, der Bestreikte aus irgendwelchen Gründen zur Gegenpropaganda gegen die wahrheitswidrige Diffamierung nicht in der Lage ist[450] und deshalb unter dem durch die Diffamierung in der Öffentlichkeit ausgelösten Druck zum Nachgeben gezwungen wird.

cc) Der "unfaire" Kampf kann aber über den Einsatz wahrheitswidriger Propaganda hinausgehen, indem durch Einsatz von Gewalt und Verübung von sonstigen Straftaten gegen die bestreikten Betriebe (Zerstörung der Produktionsanlagen) oder Arbeitswillige ("Streikbrecher") dem Streik "Nachdruck" verliehen werden soll. Auch hier wurde bereits dargelegt[451], daß nach allgemeiner Meinung ein Streik sittenwidrig ist, bei dem entweder von vorneherein

---

449) So auch Niese, S. 70.

450) Meist findet sich ein Weg zur Gegenpropaganda, soweit es das "Sprachrohr" betrifft. So hatten etwa in dem "Zeitungsstreik" 1978 - ohne daß hier eine derartige "überzogene" Propaganda seitens der Gewerkschaft behauptet werden soll - die Arbeitgeber offenbar doch genügend Möglichkeiten, gegen die immerhin "massive" Propaganda ("Vernichtung von Arbeitsplätzen" usw.) der Gegenseite durch "Notdienste" eine "Gegenpropaganda" durch Flugblätter durchzuführen - und das, obwohl gerade keine Zeitungen erschienen ! Das Problem dürfte meines Erachtens eher darin liegen, daß der Arbeitgeber durch eine wirksame Gegenpropaganda u.U. Betriebsinterna preisgeben müßte, die mit gutem Grund weder die Allgemeinheit noch die Konkurrenz etwas angehen, so daß er lieber "zähneknirschend" schweigt - und nachgibt.

451) S. 129 und 133 ff.

Straftaten, insbesondere Gewalttätigkeiten gegen Arbeitswillige ("Rollkommandos") eingeplant werden oder später derartige Ausschreitungen von der Streikleitung geduldet oder gar noch unterstützt werden. Insbesondere "Streikposten" müssen ihre Tätigkeit auf gütliches Zureden und den Appell an die Solidarität beschränken; in keinem Falle sind sie zur Anwendung von Gewalt berechtigt.[452] Soweit derartige Ausschreitungen verübt werden, liegt natürlich zunächst einmal in jedem Falle eine strafbare Handlung (Nötigung, Beleidigung, Körperverletzung, Freiheitsberaubung oder Sachbeschädigung) gegenüberdem unmittelbar Verletzten vor, sei es ein Arbeitswilliger, sei es der bestreikte Arbeitgeber. Aber auch soweit der unmittelbar Verletzte nicht der Arbeitgeber, sondern Arbeitswillige sind, liegt darüberhinaus ein mittelbarer Eingriff in den Betrieb des Arbeitgebers vor, der durch das Streikrecht nicht gedeckt ist. Dieses erlaubt nur, die Betriebe durch freiwillige kollektive Arbeitsniederlegung lahmzulegen, nicht aber durch gewaltsame Eingriffe in die Produktionsanlagen oder dadurch, daß Arbeitswillige gewaltsam an der Produktion gehindert werden. Stellen derartige Gewalttätigkeiten nicht lediglich Einzelausschreitungen dar, sondern sind die in die Streikaktion planmäßig eingebaut, so dürfte ohne nähere Begründung einleuchten, daß dadurch der Motivationsdruck auf den Gegner in sozialethisch unerträglichem Maße verschärft wird. Ein solcher Streik ist nicht nur grob sittenwidrig, er ist grundsätzlich auch "verwerflich" und deshalb strafbare Nötigung.

dd) Zum Abschluß unserer Erörterung der Fälle, die ihr Gepräge der "Verwerflichkeit" vor allem aus dem angewandten Mittel (bereits) erhalten, sei unser Augenmerk noch auf den sog. "ruinösen Streik" gerichtet. Die bereits erwähnten[453] neuen Arbeitskampfrichtlinien des DGB vom 5.6.1974 bestimmen u.a. : " § 4 Vor Beginn des Arbeitskampfes sollen Verhandlungsmöglichkeiten wahrgenommen werden, soweit dies den Gewerkschaften sinnvoll erscheint." - " § 5 Die Durchführung gewerkschaftlicher Arbeitskämpfe bedarf der Zustimmung der zuständigen Organe der Gewerkschaften. Ein ohne die erforderliche Zustimmung begonnener Arbeits-

---

452) Siehe dazu auch oben S.129 , 133 ff. und 149 ; dort auch zur "negativen" Streikfreiheit eines jeden Arbeitnehmers.

453) S. 125 ff.

kampf ist verbandswidrig, es sei denn, daß der Arbeitskampf von den zuständigen Organen der Gewerkschaft genehmigt wird." Damit soll "verbandsintern" sichergestellt werden, daß der Streik zur Durchsetzung gewerkschaftlicher Forderungen nur als "letztes Mittel", wenn alle Verhandlungsmöglichkeiten erschöpft sind, eingesetzt wird. Ein Verstoß gegen diese interne verbandsrechtliche Selbstbeschränkung macht den Streik "verbandswidrig".[454] Dieselbe Beschränkung in der Zulässigkeit der Anwendung des Streiks ergibt sich aber im Verhältnis zum sozialen Gegenspieler[455] auch aus den bereits ausführlich erörterten Grundsätzen der "ultima ratio" und der Verhältnismäßigkeit.[456] Wegen der Einzelheiten sei auf das bereits dort Ausgeführte verwiesen. Dogmatisch ist nur noch erwähnenswert, daß das Streikrecht damit in zweifacher Hinsicht Parallelen zu den allgemeinen Rechtfertigungsgründen aufweist : sofern das Streikrecht nur als äußerstes, letztes Mittel nach Ausschöpfung aller (noch sinnvoll erscheinenden) Verhandlungsmöglichkeiten ausgeübt werden darf, andernfalls es seine rechtfertigende Kraft verliert[457], hat es Gemeinsamkeit beispielsweise mit dem früher als "übergesetzlicher Notstand", nunmehr in § 34 StGB als "Rechtfertigender Notstand" bezeichneten Rechtfertigungsgrund. So bestimmt § 34 Satz 1 : "Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt."[458]

---

454) Vgl. S. 125.

455) Zur strittigen Frage, ob der "verbandswidrige" Streik stets eo ipso auch "rechtswidrig" gegenüber dem Gegner ist, siehe oben S.126.

456) S. 117 und 128.

457) Jedenfalls in zivilrechtlicher Hinsicht; daß damit noch nicht über die Strafbarkeit entschieden ist, wurde bereits dargelegt.

458) Auch beim Streikrecht findet eine Güterabwägung statt, insofern beim rechtmäßigen Streik das Interesse des Arbeitgebers am ungestörten Betriebsablauf, sein "Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" nach der rechtlichen Wertung hinter das "Kampfinteresse" der Arbeitnehmer zur Durchsetzung besserer Arbeitsbedingungen zurücktreten muß.

Und sofern der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz[459] gebietet, daß die Mittel des Kampfes dem Ziel angemessen sein, "fair" bleiben müssen und nach Beendigung des Kampfes schnellstmöglich wieder der Arbeitsfriede hergestellt werden muß, finden wir ebendiese Voraussetzung beim "Rechtfertigenden Notstand", § 34 Satz 2 : "Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden."

Sind diese eben genannten Voraussetzungen erfüllt, also insbesondere Einigungsversuche fehlgeschlagen, so ist es den Streikenden nicht verwehrt, "den Kampf auf einen Zeitpunkt zu legen, in dem er den Gegner besonders empfindlich trifft und deshalb eher Erfolg verspricht."[460] Im Gegenteil ist es zulässig, sich sozusagen den "schwächsten Punkt" des Gegners herauszusuchen, um ihn dadurch wirtschaftlich besonders hart zu treffen und somit leichter zum Nachgeben zu zwingen. Eine Grenze bildet aber auch hier der Maßstab der "guten Sitten". Es ist allgemein anerkannt, daß ein Streik sittenwidrig wird, wenn "der Druck auf den Gegner bewußt dadurch verstärkt wird, daß man die Gefahr seiner wirtschaftlichen Vernichtung heraufbeschwört."[461]

Anders als beim sog. "Boykott"[462], der, wie Niese mit Recht bemerkt[463], "ein viel 'gehässigeres' Mittel ist und häufig als 'Racheboykott' oder 'Repressivboykott' auf die Vernichtung des Boykottierten abzielt", anders als beim Boykott wird indessen bei einem Streik die wirtschaftliche Vernichtung des Gegners kaum jemals das Ziel sein; denn ein derartiges Ziel würde ja auch den Streikenden nicht zu einer Besserstellung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen verhelfen, sondern gerade im Gegenteil auch den Verlust ihrer Arbeitsplätze bedeuten. Freilich wäre ein Streik mit dem erklärten Ziel der wirtschaftlichen Vernichtung des Gegners wegen

---

459) Siehe oben S. 117 und 128.

460) Nikisch, II, S. 141; ebenso : Hueck-Nipperdey, II/2, S. 1029 Fußnote 81; Seiter, S. 540; LAG Frankfurt, RdA 50, 427.

461) Nikisch, a.a.O.; Hueck-Nipperdey, II/2, S. 1030; Seiter, S. 532 ff.; LAG Frankfurt, a.a.O.

462) Beim Boykott geht es, kurz ausgedrückt, darum, daß die Arbeitgeber eines bestreikten Verbandes keine Bewerbungen um Arbeitsplätze mehr bekommen sollen bzw. beim "Warenboykott" darum, daß keine Waren der bestreikten Firma gekauft werden sollen ("Absatzsperre"); vgl. z.B. Hanau-Adomeit, S. 81.

463) S. 74.

des angestrebten Zieles nicht nur sittenwidrig, sondern auch "verwerflich". Nur wäre mit Niese[463] sofort zu fragen, "ob ein echter 'Vernichtungsstreik' überhaupt eine Nötigung wäre; denn welche Handlung des Bestreikten sollte er erzwingen ?" Die hier zu erörternden Fälle des "ruinösen Streiks" zeichnen sich daher vielmehr dadurch aus, daß das angewandte Streikmittel für den Gegner die drohende Gefahr einer Existenzvernichtung heraufbeschwört und er deshalb, um dem wirtschaftlichen Ruin zu entgehen, nur "verzweifelt nachgeben" kann. Somit handelt es sich hierbei um Fälle, die wegen des angewandten Mittels sittenwidrig bzw., wie sogleich nachzuweisen ist, auch "verwerflich" im Sinne des § 240 II sind.

Die für den "ruinösen Streik" typischen Fälle zeichnen sich im allgemeinen nicht etwa dadurch aus, daß die Lohnforderungen der Streikenden zu hoch wären (überhöhte Löhne können meist früher oder später wieder auf den Abnehmer "abgewälzt" werden) oder der mit dem Streik verbundene zeitweilige Produktionsausfall als solcher zu einer ruinösen Schwächung des Betriebes führen würde, vielmehr liegt die Gefahr des "Ruins" in diesen Fällen typischerweise darin, daß der Arbeitgeber durch den Streik über den bloßen Produktionsausfall hinaus aufgrund vertraglicher Abmachungen (Garantiezusagen über Fertigstellungstermine, Vertragsstrafen u.ä.) zum Schadensersatz von Dritten auch für alle "Folgeschäden"herangezogen werden kann, die durch den Arbeitsausfall bei Dritten entstehen.Es liegt auf der Hand, daß derartige Folgeschäden bei Dritten im Vergleich etwa zum wirtschaftlichen Wert der Produkte selbst, deren Herstellung durch den Streik verzögert wird, ein Vielfaches ausmachen können und sich in Größenordnungen abspielen können, die den produzierenden Betrieb geradewegs in den Ruin treiben müssen. Ein hierfür sehr treffendes Beispiel nennt Niese[463] : Ein Industriewerk hat für einen Riesenstaudamm im Ausland die Turbinen für das Kraftwerk im Rahmen eines genau festgelegten Bauprogramms zu einem genau bestimmten Zeitpunkt zu liefern und in einem Garantievertrag den Ersatz des Schadens aus jeder - auch unverschuldeten - Verzögerung übernommen. Das für den Transport der Turbinen gecharterte Schiff liegt für den genau festgelegten Termin bereit. Wenn der Zeitplan nicht eingehalten wird, entsteht unermeßlicher Schaden, den das Werk zu tragen hätte. Und nun überfällt plötzlich - ohne Genehmigung der Gewerkschaft und ohne jeden Schlichtungsversuch - die Arbeitnehmerschaft, die die Zusammenhänge kennt, das Werk mit

einem verbands-, tarif- und vertragswidrigen[464] Streik, der alle Planungen zunichte macht und wegen der Unabsehbarkeit seiner Dauer die Gefahr eines unabsehbaren Schadens herbeiführt, den die Firma nicht verkraften könnte. Sie gibt deshalb notgedrungen nach, worauf er Zeitpunkt des Streiks auch berechnet war.

Hier liegt in der Tat nicht lediglich "Sittenwidrigkeit" vor, sondern ein solcher Streik stellt zweifelsohne auch einen "sozialethisch unerträglichen" Druck auf den Arbeitgeber dar, d.h. er ist "verwerflich" im Sinne des § 240; denn während im "Normalfall" eines Streiks, selbst eines "harten" Streiks, der Arbeitgeber immer noch abwägen kann zwischen der Erfüllung der Streikforderungen (mit ihren wirtschaftlichen Konsequenzen) und dem Risiko eines Arbeitskampfes (mit den daraus resultierenden Einbußen durch Produktionsausfälle usw.), bleibt ihm hier nur noch die ausweglose Einsicht, daß sein Betrieb mit Sicherheit zugrunde geht, wenn er die Streikforderungen nicht erfüllt. Eine Wahl der Entscheidung bleibt ihm angesichts dessen nicht mehr ! An diesem Ergebnis würde sich meines Erachtens selbst dann nichts ändern, wenn beispielsweise verbandsintern der Streik ordnungsgemäß vorbereitet worden wäre und auch Schlichtungsverhandlungen mit dem Arbeitgeber - ergebnislos - geführt worden wären. Der Gegner darf zwar an seiner "schwächsten Stelle" getroffen werden, aber es ist doch zu fordern, daß ihm überhaupt noch ein gewisser Entscheidungsspielraum bleibt. Sonst könnten die Streikenden praktisch beliebige Forderungen durchsetzen : solange nur die durch deren Erfüllung verursachten Vermögenseinbußen beim Arbeitgeber geringer sind als der durch den Streik verursachte Gesamtschaden, wird der Arbeitgeber nur "verzweifelt" nachgeben können.[465] Wie bereits oben beim Lohnstreik

---

464) Niese geht, wie oben S. 131 ausgeführt, zu Unrecht davon aus, daß ein Streik ohne Kündigung des Einzelarbeitsvertrages Bruch des Arbeitsvertrages sei.

465) Seiter, S. 535 f., meint auf den Fall von Niese bezogen freilich, daß der Streik erst dann unzulässig werde, "wenn der kampftaktische Vorteil ausgenutzt wird, um eine übertrieben hohe Kampfforderung durchzusetzen" (S. 536). Die Begründung Seiters hierfür, "durch Eingehung riskanter Bindungen könnten die Arbeitgeber...praktisch das Streikrecht zeitweise unterlaufen" (S. 535 f.), scheint mir überspitzt; denn es ist doch wohl kaum vorstellbar, daß ein Arbeitgeber riskante Bindungen eingeht,um das Streikrecht seiner Arbeitnehmer zu "unterlaufen".

angedeutet, geht es hier keinesfalls darum, den Arbeitnehmern durch das Gericht "vorrechnen zu lassen", welche Forderungen gerechtfertigt sind und wo die wirtschaftlich vertretbare Grenze überschritten ist; die Verwerflichkeit ergibt sich einzig und allein aus dem geschilderten unerträglichen Motivationsdruck auf den Arbeitgeber.

c) Als letzte Gruppe sind abschließend noch die Fälle zu besprechen, die ihr "sittenwidriges" bzw. "verwerfliches" Gepräge erst aus der Relation zwischen eingesetztem Mittel und angestrebtem Ziel erhalten. Hier ergeben sich als Unterfallgruppen insbesondere Streiks, bei denen ein unerträgliches Mißverhältnis zwischen dem erstrebten Vorteil und einmal dem beim Arbeitgeber verursachten Schaden, zum anderen dem bei der Allgemeinheit entstehenden Schaden ("gemeinschädliche Streiks") besteht.

aa) An anderer Stelle[466] wurde bereits festgestellt, daß es grundsätzlich der gerichtlichen Nachprüfung entzogen bleiben muß, ob eine von den Streikenden aufgestellte Forderung, insbesondere auf Lohnerhöhung, gerechtfertigt und wirtschaftlich vertretbar ist. Die Konsequenz daraus muß sein, daß ein Streik weder wegen "überhöhter" Lohnforderungen "sittenwidrig" (oder gar "verwerflich" im strafrechtlichen Sinne) sein kann, noch aber auch umgekehrt deswegen, weil das Kampfziel zu kurz gesteckt sei, weil "zu wenig" verlangt werde. Allein aus "zu niedrigen" Forderungen der Streikenden kann somit eine verwerfliche Relation zwischen Mittel und Zweck nicht hergeleitet werden. Wie verhält es sich nun aber, wenn bei vorausgegangenen Schlichtungsverhandlungen die Parteien sich bis auf einen ganz geringfügigen Differenzbetrag nahegekommen sind, das jeweilige Angebot aber nach beider Ansicht die jeweils äußerste vertretbare Grenze darstellt, und es deshalb doch noch zum Streik kommt ? Nikisch[467] hält einen derartigen Streik nicht für sittenwidrig, da man den "Gesamttatbestand und seine Entwicklung ins Auge fassen" müsse. Dies ist freilich richtig, nur ändert das doch wohl nichts an der Tatsache, daß der Streik tatsächlich nur um diese geringe Differenz geführt wird.[468] Ich hielte es durchaus für ver-

---

466) S. 143.

467) II, S. 142 unter Berufung auf Niese, S. 76 f.

468) Dieser Fall liegt insofern anders als die eben erwähnten Kämpfe um "zu niedrige" Forderungen, als es hier nicht darum geht, den Arbeitnehmern vorzurechnen, was als Forderung "überhaupt wirtschaftlich vertretbar" ist (also die "Gesamtforderung"

tretbar, hier im Einzelfall "Sittenwidrigkeit" anzunehmen, sofern das Ziel (Erlangung auch des ganz geringfügigen Differenzbetrages) und das Mittel (Streik mit wahrscheinlich gravierenderen wirtschaftlichen Schäden) tatsächlich in einem auffälligen Mißverhältnis stehen. Jedenfalls dürfte es dem allgemeinen Billigkeitsdenken entsprechen, daß die Arbeitnehmer eher auf diesen geringen Differenzbetrag verzichten, als daß darum ein Streik geführt wird, nachdem die Gegenseite bereits weit entgegengekommen ist. Allerdings bin auch ich der Auffassung, daß in einem solchen Fall keine "Verwerflichkeit" des Streiks gegeben sein dürfte; denn so wie den Arbeitnehmern ein Nachgeben "zumutbar" wäre, gilt umgekehrt sicher auch, daß die Arbeitgeberseite den Differenzbetrag ohne größeren Schaden zugestehen könnte. Das bedeutet aber, daß durch einen solchen Streik wohl kaum eine "sozialethisch unerträgliche" Nötigung des Gegners erfolgt.

Etwas anders zu beurteilen dürften indessen die Fälle sein, in denen eine sonstige, v.a. betriebliche Einzelmaßnahme von Arbeitnehmern erzwungen werden soll. Auch hier liegt ja in der Regel ein auffälliges Mißverhältnis zwischen der erstrebten, vom Arbeitgeber vorzunehmenden Einzelmaßnahme und dem Streikmittel mit seinen im allgemeinen schwerwiegenden Folgen vor. Nur kann hier nicht ohne weiteres - wie bei dem "Streik um Pfennige" - davon ausgegangen werden, daß die Erfüllung der Streikforderung für den Arbeitgeber keine wesentliche Bedeutung hat und er deshalb durch die Streikdrohung auch nicht in einen besonderen "Nötigungsdruck" gerät. Dem Arbeitgeber steht ja das sog. Direktions- und Organisationsrecht im Betrieb zu (wenn auch weitgehend in Mitbestimmung durch den Betriebsrat). Hier mag der Arbeitgeber durchaus gute Gründe haben, weshalb er eine Einzelmaßnahme vornimmt oder unterläßt. Es wäre "sozialethisch unerträglich", wenn - gerade bei Kleinigkeiten (z.B. Verlegung der Frühstückspause um eine Viertelstunde) - sämtliche Anordnungen des Arbeitgebers durch Streikdrohung unterlaufen werden könnten. Jedenfalls ist anzunehmen, daß der Arbeitgeber, falls mit Streik gedroht würde, lieber seine Maßnahme sofort zurückzieht als die Folgen eines Streiks auf sich zu nehmen.

---

zu kritisieren), sondern sozusagen "objektiv" feststeht, daß der Streik wirklich nur noch um die Differenz zwischen Arbeitgeberangebot und Arbeitnehmerforderung geführt wird.

Damit dürfte aber nicht selten eine unerträgliche Verschärfung des Motivationsdrucks auf den Arbeitgeber anzunehmen sein, die den Streik "verwerflich" macht.

bb) Zum Schluß seien nun noch die Fälle diskutiert, in denen die kampfweise Durchsetzung der Arbeitnehmerforderungen das Gemeinwohl gefährdet bzw. die Allgemeinheit schädigt.[469)]

Nach Hueck-Nipperdey[470)] ist ein Streik gemeinwohlgefährdend und damit rechtswidrig, wenn ein Arbeitskampf die im Rahmen der "konzertierten Aktion" von der Bundesregierung zur Verfügung gestellten Orientierungsdaten gröblich mißachtet.[471)] Nun mag dies aus der Verpflichtung der Sozialpartner zur Wahrung des Gemeinwohls bei allen ihren Aktionen durchaus abzuleiten sein. Für die uns hier allein interessierende Frage nach der strafrechtlichen Beurteilung eines solchen Streiks müssen wir uns jedoch darauf besinnen, daß wir ja eine mögliche Verwerflichkeit der Nötigung gegenüber dem unter Streikdruck gesetzten sozialen Gegenspieler feststellen müssen. Im Verhältnis zwischen den streikenden Arbeitnehmern und dem Arbeitgeber hat aber eine Kontrolle über die Zulässigkeit der geforderten Lohnerhöhung keinen Platz und zwar weder eine Kontrolle durch die Verwaltung noch durch die Gerichte. Dies wurde oben ausführlich dargelegt[472)] und ist durchaus h.M.[473)]

---

469) Vgl. dazu schon oben S. 129 f.

470) II/2, S. 1032.

471) Gem. § 3 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft (Stabilitätsgesetz), BGBl. I 1967, 582, stellt die Bundesregierung im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung im Falle der Gefährdung der Preisniveaustabilität, eines hohen Beschäftigungsstandes, des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts oder eines stetigen und angemessenen Wirtschaftswachstums (§ 1) "Orientierungsdaten" für ein gleichzeitig aufeinander abgestimmtes Verhalten (konzertierte Aktion) der Gebietskörperschaften, Gewerkschaften und Unternehmerverbände zur Erreichung der vorgenannen Ziele zur Verfügung.

472) S. 143 ff.

473) Auch Hueck-Nipperdey, II/2, S. 1031, vertreten diesen Standpunkt. - Zur Klarstellung sei gesagt, daß die "Orientierungsdaten" nach dem Stabilitätsgesetz keine bindende Wirkung haben in dem oben von Bulla geforderten Sinne (S. 143 ff.).

Das bedeutet, daß ein Streik, mag er auch wegen gröblicher Mißachtung der von der Bundesregierung nach dem Stabilitätsgesetz gesetzten "Orientierungsdaten"gemeinwohlschädlich und deshalb rechtswidrig sein, dennoch nicht eine "verwerfliche Nötigung" gegenüber dem bestreikten Gegner darstellt.[474)]

Über den eben diskutierten Sonderfall hinaus besteht bei jedem Streik wegen der heutigen arbeitsteiligen Verflechtung in unserer Wirtschaft die Besonderheit, daß seine Auswirkungen niemals auf den sozialen Gegenspieler allein beschränkt bleiben, sondern stets in mehr oder weniger starkem Umfang auch die Allgemeinheit in Mitleidenschaft gezogen wird. Besonders augenfällig wird dies bei Streiks von oft relativ wenigen Arbeitnehmern in "Schlüsselpositionen". So machen etwa die Hafenarbeiter in allen Teilen der Welt immer wieder von sich reden, wenn durch ihre Streiks mit einem Male ganze Länder ernste Schwierigkeiten in der Versorgung mit Lebensmitteln und sonstigen wichtigen Gütern bekommen. Ähnlich katastrophale Auswirkungen hätte ein gezielter Streik von Landarbeitern zur Haupterntezeit, wenn dadurch die Ernährung der gesamten Bevölkerung in weiten Bereichen ernsthaft infrage gestellt wird. Derartige Streiks lassen nicht selten den Eindruck entstehen, als werde hier ganz bewußt ein "Gruppenegoismus" gepflogen, der im Bewußtsein der Macht, tatsächlich "alle Räder still stehen lassen" zu können, oftmals nicht einmal Rücksicht nimmt auf die Arbeitnehmer in den in Mitleidenschaft gezogenen Bereichen, insofern ja nicht nur die Arbeitgeberseite getroffen wird, sondern zwangsläufig auch die in diesen Betrieben Beschäftigten. Eine besondere derartige "Schlüsselposition" nehmen vor allem lebenswichtige Versorgungsbetriebe, wie Wasser- und Elektrizitätswerke, Verkehrsbetriebe, Krankenhäuser u.ä. ein. Teilweise wird daher in der Literatur die Auffassung vertreten, Arbeitskämpfe in Betrieben der lebensnotwendigen Daseinsvorsorge seien schlechthin verboten.[475)] Einschränkend wird meist jedoch nur verlangt, daß für die erforderlichen Notarbeiten gesorgt wird.[476)] Die Gewerkschaften gehen jedenfalls selbst davon

---

474) Es sei denn, es lägen zusätzlich die oben S. 175 ff erörterten Voraussetzungen des "ruinösen Streiks" vor.

475) So Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, 1965, S. 69; Stein, Die rechtliche Beurteilung von Arbeitskämpfen in lebenswichtigen Betrieben, Dissertation Münster 1967.

476) Vgl. Hueck-Nipperdey, II/2, S. 1030, m.w.Nachw.

aus, daß die Durchführung wenigstens der Notarbeiten in jedem Fall gewährleistet sein muß.[477] Man wird zumindest annehmen müssen, daß ein Streik in solchen lebensnotwendigen Betrieben dann sittenwidrig wird, wenn nicht die Versorgung der Allgemeinheit in ausreichendem Maße gewährleistet ist und daher der der Allgemeinheit entstehende Schaden an materiellen Gütern und der Gesundheit in einem unerträglichen Verhältnis steht zu dem erstrebten Streikziel.[478]

Auch hier erhebt sich nun freilich die soeben gestellte Frage, ob eine derartige Sittenwidrigkeit des Streiks wegen des Mißverhältnisses zwischen Streikziel und unabsehbarem Schaden für die Allgemeinheit oder kürzer : ob eine derartige Sittenwidrigkeit gegenüber der Allgemeinheit überhaupt grundsätzlich auch zu einer "Verwerflichkeit" der Nötigung gegenüber der bestreikten Arbeitgeberseite werden kann. Die Frage war oben für den Lohnkampf, der die Orientierungsdaten gröblich mißachtet, zu verneinen. Und auch hier könnte man zu dem gleichen Schluß gelangen, insofern man sagen könnte, daß den bestreikten Arbeitgeber die Schäden, die an den Gütern der Allgemeinheit entstehen, grundsätzlich nicht berühren werden, damit aber auch der Motivationsdruck, den der Streik auf den Arbeitgeber ausübt, dadurch nicht in unerträglichem Maße verschärft wird. Der "gemeinschädliche" Streik wäre dann zwar gegenüber der Allgemeinheit sittenwidrig, gegenüber dem bestreikten Arbeitgeber läge indessen trotzdem keine "verwerfliche Nötigung" vor. Das mag im Ansatzpunkt durchaus richtig sein. Nur darf man meines Erachtens dabei nicht stehen bleiben.[479] Wenn sich nämlich nachweisen läßt, daß ein derartiger "gemeinschädlicher" Streik unter bewußter Ausnützung des Umstandes geführt wird, daß in den Augen der Allgemeinheit dem Gegner die "Verantwortung" für den Allgemeinschaden wegen dessen angeblicher "Unnachgiebigkeit" zufällt, wird dadurch sehr wohl ein "sozialethisch unerträglicher" Druck auf den Gegner ausgeübt. Denn seine Entscheidung, ob er der

---

477) Vgl. § 8 der Kampfrichtlinien des DGB, oben S. 126.

478) Hueck-Nipperdey, II/2, S. 1030; Nikisch, II, S. 141.

479) So aber offenbar Niese, S. 78 ff., der jedenfalls "Beweisschwierigkeiten" geltend machen will hinsichtlich der Umstände, die eine Verwerflichkeit gegenüber dem Arbeitgeber begründen könnten.

Streikforderung nachgeben soll, wird damit nicht mehr nur durch das Moment der ihn durch den Streik treffenden wirtschaftlichen Einbußen determiniert, sondern darüber hinaus trifft ihn gewissermaßen die ganze "moralische Verantwortung" für den der Allgemeinheit entstehenden Schaden. Wenn Niese hier Beweisschwierigkeiten sieht, so möchte ich meinen, daß bei einem nicht nur ganz kurzzeitigen Streik in einem lebenswichtigen Betrieb geradezu "prima facie" davon ausgegangen werden muß, daß die unweigerlich sofort einsetzenden Versorgungsschwierigkeiten bei der Bevölkerung ganz bewußt als Druckmittel auf den Arbeitgeber verwendet werden.[480] Denn soviel steht fest : sofern die Streikforderungen sich auch nur einigermaßen in "vernünftigen Grenzen" halten, wird die "leidtragende Allgemeinheit" die "Schuld" im Sinne der "moralischen Verantwortung" kaum den streikenden Arbeitnehmern zuschieben, sondern unweigerlich den "unnachgiebigen Arbeitgebern", die doch nur ein wenig Verständnis für die "doch wohl nicht so unberechtigten Forderungen" der Streikenden aufzubringen bräuchten. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt[481], hat der Zeitungsstreik 1978 dieses psychologische Verhalten der Bevölkerung nur bestätigt.

---

480) Seiter, S. 552, führt hierzu treffend aus : "Ob es zugegeben wird oder nicht, die Beeinträchtigung Dritter dient als psychologisches Druckmittel gegen den zur Bereitstellung der Leistungen verpflichteten Versorgungsträger. Die Schädigung unbeteiligter Dritter wird so zum Mittel der indirekten Druckausübung auf den Kampfgegner. Man stößt daher auch hier auf die Frage der Zulässigkeit einer Schädigung, wenn der Geschädigte selbst das Kampfziel nicht bewilligen kann."

481) S. 81 Fußnote 158.

4.) Ergebnisse

Am Ende dieser Erörterungen über die Rechtswidrigkeit des Streiks im Sinne des § 240 (bzw. § 253) erscheint es angebracht, sich über die gefundenen Ergebnisse kurz Rechenschaft zu geben. Wir hatten festgestellt, daß das verfassungsmäßig garantierte Streikrecht als solches keinen einfach zu handhabenden Rechtfertigungsgrund liefern kann, da es seinerseits einer Vielzahl von Einschränkungen und Rechtmäßigkeitskriterien unterliegt. Aber auch das vielfältige "arbeits- und zivilrechtliche Unrecht" konnte keinen unmittelbar zwingenden Hinweis auf die strafrechtliche Rechtswidrigkeit geben, da es für die Rechtswidrigkeit nach § 240 II darauf ankommt, daß die Anwendung des Mittels (Streik) zu dem erstrebten Zweck (Streikziel) als "verwerflich" im Sinne eines gesteigerten sozialethischen Unwerturteils anzusehen ist. Es blieb deshalb nur der Weg, typische Fallgruppen anhand der Relationsregel des § 240 II zu messen. Zwei Dinge erscheinen mir als Ergebnis dabei besonders wichtig :

1.) Die Relationsformel des § 240 II hat ihre Brauchbarkeit erwiesen, sofern für das Verwerflichkeitsurteil mit der Rechtsprechung und h.M. ein "sozialethisch unerträgliches" Verhalten gefordert wird. Eine Strafbestimmung gegen Nötigung kann nicht, wie ein anderer Tatbestand,einen festumrissenen Lebensausschnitt deskriptiv umreißen; das wird auch und gerade etwa von Roxin[482] ausdrücklich betont, der ja das "materielle" Unrecht des Nötigungstatbestandes nicht auf Grund der Formel der h.M. vom gesteigerten sozialethischen Unwerturteil bestimmen will, sondern dieses auf "soziale Ordnungsprinzipien" zurückführen will. Auch ohne derartige "Ordnungsprinzipien" hatten wir durchwegs genügend Ansatzpunkte im Gesetz selbst, sei es in der Verfassung (Art. 9, 33 IV, V GG) oder auch in einem einfachen Gesetz (BVG !), um das strafrechtlich erforderliche "Verwerflichkeitsurteil" mit rechtsstaatlich hinreichender Sicherheit bestimmen zu können. In keinem Fall kam es allein auf irgendwelche rein "moralischen Werturteile" an, die nur allzu leicht willkürlich gefunden wären und sicher dem Grundsatz der Garantiefunktion der Straftatbestände nicht genügen könnten.

---

482) Siehe dazu noch einmal oben Fußnote 329.

2.) Die Ergebnisse, die anhand der zur Begründung des Verwerflichkeitsurteils herangezogenen gesetzlichen Bestimmungen gefunden wurden, können durchwegs als gerecht und ganz im Sinne der an einem Streik beteiligten sozialen Gegenspieler gelegen angesehen werden. So hat unsere Untersuchung klar gezeigt, daß in keinem Falle die bloße verbands-, tarif-, betriebs-, amts- oder sonstige arbeitsrechtliche Rechtswidrigkeit, ja nicht einmal die zivilrechtliche Sittenwidrigkeit für sich allein ein zwingendes Indiz für das von § 240 II (§ 253 II) geforderte Verwerflichkeitsurteil war. Im einzelnen halte ich für ein wichtiges Ergebnis, daß sichergestellt ist, daß in keinem Falle eine Strafbarkeit wegen der Höhe der Forderung bei Lohnkämpfen (sei es, daß "zuviel", sei es, daß "zu wenig" verlangt wird) vorliegen kann. Problematisch sind dagegen Streiks wegen vom Arbeitgeber zu erzwingender Einzelmaßnahmen : hier ist eine Strafbarkeit durchaus in Betracht zu ziehen. Aber auch hier sind als strafbar nur die Fälle anzusehen, in denen ein Arbeitnehmer mit all den Schwierigkeiten, die ein Verlust des Arbeitsplatzes nach sich zieht, oder gar mit Existenzverlust soll rechnen müssen, nur weil er in Ausübung seines verfassungsmäßig garantierten positiven oder negativen Koalitionsrecht sich nicht oder anders organisieren will, weil er bei einem Streik "arbeitswillig" gewesen oder weil er bei seinen Arbeitskollegen "mißliebig" ist. Im einzelnen wurde hier auf die Rechte des Betriebsrates nach dem Betriebsverfassungsgesetz und das Streikverbot zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber im Betrieb hingewiesen samt der Möglichkeit, die Arbeitsgerichte anzurufen. Dennoch war einzuräumen, daß auch hier durchaus Fälle denkbar sind, in denen eine Strafbarkeit ausscheiden muß, wenn entweder ein institutionalisierter rechtlicher Weg zur friedlichen Beilegung der Streitfrage nicht gegeben ist (z.B. sittliche Verfehlungen von "leitenden Angestellten", "Direktoren") oder aber der Betriebsrat versagt, seine Auflösung nicht durchsetzbar ist und die Belegschaft gewissermaßen in "Notwehr" einen "untragbaren" Arbeitskollegen aus dem Betrieb drängt. Ähnliches gilt für den Fall der Verhinderung der Neueinstellung eines Arbeitnehmers, wo der Betriebsrat sogar grundsätzlich ein Mitbestimmungsrecht besitzt. Dagegen ist die Erzwingung der Wiedereinstellung eines gekündigten Arbeitskollegen grundsätzlich nur dann strafbar, wenn damit zugleich eine bereits ergangene gerichtliche Entscheidung überspielt werden soll.

Hinsichtlich der Kampfführung ist festzuhalten, daß allein eine "unfaire" Propaganda für eine Strafbarkeit ausscheidet; hier muß schon die Anwendung von Gewalttätigkeiten in den Streik von der Streikleitung entweder von vorneherein eingeplant oder später geduldet werden. In letzterem Falle strafbare Nötigung anzunehmen, dürfte ebenso richtig und gerecht sein, wie in dem Fall des "ruinösen Streiks", in dem der Gegner praktisch keine echte Entscheidungsfreiheit mehr hat, sondern sozusagen "mit dem Rücken an der Wand" nur noch "verzweifelt" allen Streikforderungen nachgeben kann.

Einer sehr sorgfältigen Beurteilung im Einzelfall bedürfen schließlich die Fälle des Beamtenstreiks und des "gemeinschädlichen" Streiks. Mögen beide überwiegend als unzulässig angesehen werden, so ist doch bei der strafrechtlichen Wertung genauer zu prüfen. Nicht jeder "gemeinschädliche"Streik in einem lebenswichtigen Versorgungsbetrieb ist von vorneherein strafbare Nötigung; er kann dies allerdings bei entsprechender Intensität sehr wohl dann werden, wenn die "moralische Verantwortung" für die Einbußen und Schäden bei der Allgemeinheit von dieser auf den bestreikten Gegner geschoben wird und dies von den Streikenden bewußt ausgenützt wird, um den Gegner "in die Knie zu zwingen". Beim Beamtenstreik kommt meines Erachtens eine Strafbarkeit erst und nur dann in Betracht, wenn ein Streik im eindeutig hoheitlichen Bereich zu einer unerträglichen Lähmung der Staatsgewalt führt (Beispiel : Polizeistreik). Im übrigen, vor allem je mehr es sich um Bereiche handelt, die der reinen Daseinsvorsorge dienen (und z.B. auch von Privaten betrieben werden könnten; Beispiel : Post und Eisenbahn), kann eine Strafbarkeit allein aus dem Beamtenstatus nicht abgeleitet werden. Es gelten hier nur die allgemeinen Streikgrenzen, vor allem wie sie für den Streik in lebenswichtigen Betrieben entwickelt worden sind. Damit ist jedenfalls vom Strafrecht her sichergestellt, daß für eine sinnvolle "Evolution" einer - begrenzten - Streikfreiheit auch für Beamte keine Hindernisse im Wege stehen.

IV. Probleme der Täterschaft und Schuld

1.) Die strafrechtliche Erörterung des Streiks als Nötigung (bzw. Erpressung) bedarf noch einiger Ergänzungen hinsichtlich der Fragen, wer als Täter strafbarer Streiks überhaupt in Betracht kommt bzw. wie Irrtumsfälle bei den beteiligten Arbeitnehmern zu lösen sind.

Die erste Frage läßt sich problemlos in all den Fällen beantworten, in denen ohne "Streikleitung" im strengen Sinne spontan die Arbeit niedergelegt wird (z.B. um die Versetzung oder Entlassung eines Mißliebigen Arbeitskollegen beim Arbeitgeber durchzusetzen).[483] Hier wirken sämtliche Streikenden gemeinschaftlich - dies ist ja gerade das wesentliche Kriterium des Streiks - zusammen, um das Streikziel zu erreichen, handeln also als Mittäter im Sinne des § 25 II StGB.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, wie es beim Regelfall des in irgendeiner Form "organisierten" Streiks mit den Personen steht, die die Streikleitung in Händen haben, insbesondere einer Gewerkschaft, die den Streik ausgerufen hat und seine Durchführung leitet. Liegt hier bei der "Streikleitung" möglicherweise lediglich Anstiftung zu einer Nötigung durch Streik vor ?

Eines ist von vorneherein klar : die "Gewerkschaft" als solche, als juristisches Gebilde, kann natürlich nie, weder als Täter noch als Teilnehmer, strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Ein strafrechtlicher Schuldvorwurf kann immer nur einem sittlich verantwortlichen Menschen gemacht werden. Wie steht es nun aber mit der strafrechtlichen Haftung der Personen, die für die Planung und Durchführung des Streiks "verantwortlich" sind, also insbesondere den Streikbeschluß gefaßt und den Streikbefehl an die Arbeitnehmer erteilt und auch die Durchführung des Streiks im einzelnen bestimmt haben ?

Bereits zu Beginn unserer Untersuchungen[484], als wir uns Klarheit darüber verschaffen mußten, ob das Wesen eines Streiks in einem Unterlassen oder einem positiven Tun bestehe, stellten wir fest, daß der organisierte Streik seine Durchschlagskraft nicht lediglich aus einer "passiven Arbeitsniederlegung" erhält, sondern

---

483) Vgl. etwa oben S.146 ff.

484) S.32 ff.

erst und vor allem aus der "aktiven Kraftentfaltung" der Organisation, aus der "richtigen Taktik und Strategie" des Arbeitskampfes. Wir haben später gesehen, daß nach den Richtlinien[485] und Satzungen der Gewerkschaften es letztlich in der Hand der Gewerkschaften liegt, ob ein Streik geführt wird und wie er im einzelnen geführt wird. Insbesondere haben die Gewerkschaften durch die Möglichkeit der Zahlung oder Verweigerung von Streikunterstützung ein gewichtiges Druckmittel gegenüber den Mitgliedern in der Hand. Tarifrechtlich betrachtet stellt das letztgenannte Druckmittel eine wirksame Möglichkeit für die Gewerkschaften dar, entsprechend der Friedens- und Durchführungspflicht während der Laufzeit eines Tarifvertrages Streiks ihrer Mitglieder praktisch weitgehend zu unterbinden. Und schließlich bestimmt die Gewerkschaft als allein tarifvertragsfähiger Partner der Arbeitnehmerseite, ob ein Tarifvertrag gekündigt wird, welche Forderungen an die Arbeitgeberseite gerichtet werden, sie führt die Verhandlungen mit dem sozialen Gegenspieler und sie spricht schließlich auch die Streikdrohung aus. Freilich hat grundsätzlich eine Urabstimmung mit dem erforderlichen Ergebnis stattzufinden; aber selbst wenn eine Urabstimmung zugunsten eines Streiks ausfällt, kann die Gewerkschaft immer noch frei entscheiden, ob und wie der Streik durchgeführt werden soll. Faßt die Gewerkschaft aber den Streikbeschluß und erteilt sie den Streikbefehl, so haben ihre Mitglieder diesen zu befolgen, andernfalls sie satzungsgemäß ausgeschlossen werden können.

Ganz gleich, ob man für die Bestimmung der Täterschaft in Abgrenzung zur Teilnahme auf die Willensrichtung des Handelnden (sog. "subjektive Tätertheorie") abstellt oder auf objektive Kriterien, wie die "Tatherrschaft" (sog. "objektive Tätertheorie") als "In-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufes", in jedem Falle[486] kommt man zu dem Ergebnis, daß diejenigen, die der "Streikleitung" angehören, ebenfalls Mittäter einer durch Streik begangenen Nötigung sind, nicht lediglich Anstifter. Das gleiche gilt für jede sonstige Form der "Streikleitung", auch wenn diese nicht durch die Organe einer Gewerkschaft repräsentiert

---

485) Vgl. oben S.125 f.die Arbeitskampfrichtlinien des DGB.

486) Vgl. zu diesem Theorienstreit etwa Dreher-Tröndle, Rdn. 1 vor § 25; Jeschek, AT, S. 525 ff.; Preisendanz, Anm. 2 vor § 25; Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, AT, Rdn. 6 ff. zu § 25; Schmidhäuser, AT, S. 572 ff.; Wessels, AT, S. 101 f.

ist, sondern nur beliebige einzelne "ad hoc" die Durchführung einer Streikaktion organisieren und leiten. Denn auch hier ist es so, daß gerade die Streikleitung die "Tat als die ihre will" und auch hier hat die Streikleitung die "Tatherrschaft" über das Streikgeschehen, indem sie als "Kopf des Unternehmens" den einfachen Streikenden an den Streik betreffenden Informationen überlegen ist, durch Flugblätter und sonstige Propagandamittel die Aktion verschärfen oder aber auch im ihr richtig erscheinenden Augenblick "abblasen" kann. Die Angehörigen der Streikleitung sind also auch Mittäter; ja man wird sogar sagen müssen : sie sind es in erster Linie !

Das zeigt sich gerade bei den hier ja ausschließlich zu besprechenden Fällen der Strafbarkeit eines Streiks. Nimmt man als Beispielsfall etwa einen Streik, der seine Rechtswidrigkeit und auch Strafbarkeit daraus erhält, daß von vorneherein strafbare Handlungen eingeplant werden (z.B. Streikposten werden angewiesen, mit Gewalt Arbeitswillige am Betreten des Betriebs zu hindern), so wird sofort deutlich, daß der wahre Umfang der Aktion, die ganzen Einzelheiten, die die Verwerflichkeit des Streiks erst begründen, meist überhaupt nur den "Drahtziehern" in der Streikleitung bekannt sind. Das gleiche gilt für die Fälle des "ruinösen Streiks" hinsichtlich der Kenntnis der auswegslosen Situation für den Arbeitgeber usw. Der "einfache Streikende" sieht in diesen Fällen meist nur das an sich völlig zulässige Streikziel (z.B. Lohnerhöhung, Verbesserung der sonstigen Arbeitsbedingungen), für das er solidarisch eintreten will; von den Einzelheiten und Hintergründen, die den Streik zur Nötigung werden lassen, hat er oft allenfalls vage Vorstellungen. Es liegt auf der Hand, daß hier vor allem gegen die "Hintermänner" in der Streikleitung strafrechtlich eingeschritten werden muß.

2.) Die eben gemachten Ausführungen leiten über zur Frage nach der strafrechtlichen Schuld der Beteiligten eines Streiks, der sich als Nötigung darstellt. Soweit der einzelne Streikbeteiligte Umstände nicht kennt, die im Einzelfall dem Streik seine rechtfertigende Kraft nehmen (z.B. Verübung von Gewalt durch Streikposten), liegt bereits ein Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes vor. Trotz der Regelung des Verbotsirrtums nunmehr in § 17 ist die Frage offen geblieben, wie der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen

eines Rechtfertigungsgrundes rechtlich zu beurteilen ist. Richtigerweise wird man diesen Fall in analoger Anwendung des § 16 wie die Unkenntnis eines Tatbestandsmerkmals behandeln müssen, weil sich der Wille des Täters auf die Verwirklichung eines Sachverhaltes richtet, den zu verwirklichen kein Unrecht darstellt.[487] Der Täter handelt dann ohne Vorsatz, eine strafrechtliche Haftung scheidet somit aus. Strafrechtlich"faßbar" sind in einem solchen Fall nur und gerade die "Hintermänner", die als "Streikleiter" den Gesamtzusammenhang, der den Streik zur rechtswidrigen Nötigung macht, überblickt und die ganze Aktion geplant und gesteuert haben.

Vielfach wird es jedoch so sein, daß dem einzelnen am Streik beteiligten Arbeitnehmer die Umstände, die dem Streik sein verwerfliches Gepräge geben, jedenfalls in groben Zügen bekannt sind (er hat z.B. erfahren, daß gewalttätige Ausschreitungen von Streikposten gegen "Streikbrecher" vorgekommen sind und daß die Streikleitung nicht sofort mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln dagegen eingeschritten ist). Er wird jedoch daraus nicht immer sofort den Schluß ziehen, daß damit der gesamte Streik zur rechtswidrigen strafbaren Nötigung geworden ist und seinerseits sofort seine Streikteilnahme abbrechen, sondern im Gefühl der Solidarität - zumal wenn ihm durch entsprechende Porpaganda durch die Streikleitung gesagt wird, daß nun alles aufs "Durchhalten", Weitermachen usw. ankomme - fortsetzen. Hier irrt der einzelne Streikbeteiligte über die Rechtswidrigkeit seines Tuns; dies sind die Fälle des "Verbotsirrtums", wie er nunmehr in § 17 auch gesetzlich normiert ist : "Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden."

In § 17 ist damit die sog. Schuldtheorie zum Gesetz geworden, d.h. ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Tuns läßt den Vorsatz unberührt und vermag nur im Rahmen der Schuld Bedeutung zu erlangen.[488] Für den Ausschluß des Schuldvorwurfs und damit der Strafbarkeit überhaupt sind damit zwei Feststellungen zu treffen : ein-

---

487) Vgl. im einzelnen Schönke-Schröder, Rdn. 3 ff. zu § 17; ebenso : Jeschek, AT, S. 375, m.w.Nachw.; Preisendanz, Anm. 3 e zu § 16; Wessels, AT, S. 88.

488) Vgl. etwa Schönke-Schröder, Rdn. 3 zu § 17.

mal, daß dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht fehlte, Unrecht zu tun; zum anderen, daß diese Verbotsunkenntnis für ihn unvermeidbar war.

Das Bewußtsein, Unrecht zu tun, hat der Täter nach einer üblichen Formulierung dann, "wenn er sich des Widerspruchs seines Handelns oder Unterlassens zum Wohl der Allgemeinheit, zu den Normen, die für das Zusammenleben unentbehrlich sind,bewußt ist."[489] Nicht erforderlich für das Unrechtsbewußtsein ist, daß dem Täter die Strafbarkeit bekannt ist; vielmehr genügt das Bewußtsein, die "Handlung verstoße gegen irgendwelche, wenn auch im einzelnen nicht klar vorgestellte gesetzliche Bestimmungen".[490] Auch bedingtes Unrechtsbewußtsein, also die Vorstellung, die Tat sei möglicherweise verboten, reicht aus.[491] Nach diesen "gängigen Formulierungen" könnte man in der Tat daran zweifeln, ob diese erste Voraussetzung des entschuldbaren Verbotsirrtums in den Fällen des strafbaren Streiks überhaupt jemals vorliegen könne; denn ein "ungutes Gefühl" wird der einzelne Streikbeteiligte sicher haben, wenn etwa von der Streikleitung geduldete Ausschreitungen durch Streikposten vorkommen oder wenn ein mißliebiger Kollege aus dem Betrieb gedrängt werden soll oder wenn im Falle des "ruinösen Streiks" er durchaus ahnt, daß der Arbeitgeber "diesmal in die Zwickmühle geraten ist" usw. Es kann für ein Unrechtsbewußtsein aber nicht ausreichen, daß der Täter unter irgendeinem Gesichtspunkt ein "schlechtes Gewissen" hat. Ein "schlechtes Gewissen" mag mancher Arbeitnehmer auch bei einem durchaus rechtmäßigen Streik haben, insofern der Streik eben stets auch und gerade ein Kampf gegen den sozialen Gegenspieler ist, in dem es, wie festgestellt, durchaus auch erlaubt ist, den Gegner an der "schwächsten Stelle" zu treffen. Hier ist wichtig zu erkennen, daß es kein "abstraktes Unrechtsbewußtsein"geben kann, das "von der konkreten Schutzfunktion des einzelnen Tatbestandes absehen würde, sondern nur ein konkretes (Hervorhebung d.d.Verf.), den einzelnen Geboten und Verboten des Strafrechts zugewendetes. Das Unrechtsbewußt-

---

489) Vgl. etwa Schönke-Schröder, Rdn. 6 zu § 17.

490) RGSt 70, 142; BGHSt GS 11, 266; Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, AT, Rdn. 5 zu § 17; Schönke-Schröder, Rdn. 7 zu § 17.

491) Schönke-Schröder, a.a.O., m.w.Nachw.

sein muß sich auf die Qualität des begangenen Unrechts beziehen; es genügt nicht, daß der Täter unter irgendeinem Gesichtspunkt ein schlechtes Gewissen hat. Wer das Unrechtsbewußtsein bei der Notzucht hat, braucht es bei der zugleich begangenen Blutschande nicht zu haben."[492] Man spricht insoweit von der"Teilbarkeit des Unrechtsbewußtseins"[493] Diesen Gedanken muß man meines Erachtens auch auf die Fälle des strafbaren Streiks zugunsten der einzelnen Streikbeteiligten entsprechend anwenden. Es reicht daher nicht aus, daß der Streikende z.B. erkennt und sogar positiv weiß, daß die "organisierten" Gewalttätigkeiten gegen Streikbrecher rechtswidrig, ja sogar strafbar sind oder daß dem einzelnen Arbeitskollegen, der (als "Nichtorganisierter", "Streikbrecher" oder "Mißliebiger") aus dem Betrieb gedrängt werden soll, Unrecht[494] geschieht, etwa wegen seines Rechts auf Koalitionsfreiheit und der gesetzlichen Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes, die seinem Schutze dienen, usw. Vielmehr muß er daraus den Schluß gezogen haben, daß gerade deshalb auch das "an sich" zulässige Kampfmittel Streik zur rechtswidrigen Nötigung gegenüber dem Arbeitgeber geworden ist, also z.B. weil es verwerflich ist, den Arbeitgeber zum Racheinstrument an einem Arbeitskollegen zu machen oder ihn durch einen Streik, bei dem Gewalttätigkeiten bewußt eingeplant sind, unter einen "sozialethisch unerträglichen" Druck zu bringen usf. Dies darf freilich - als anderes Extrem - keinesfalls dazu führen, daß durch eine "künstliche Trennung" zwischen einem Rechtswidrigkeitsbewußtsein,

---

492) Schönke-Schröder, Rdn. 8 zu § 17, m.w.Nachw.

493) Vgl. BGHSt 10, 35 Leitsatz : "Das zur Schuld gehörige Unrechtsbewußtsein des Täters ist nur dann vorhanden, wenn er das Unrechtmäßige gerade derjenigen Tatbestandsverwirklichung kannte oder hätte kennen müssen, die ihm zur Last gelegt wird. Das Unrechtsbewußtsein ist demgemäß bei tateinheitlicher Verletzung verschiedener Strafgesetze "teilbar" (entgegen BGHSt 3, 342)." Es handelt sich um den von Schönke-Schröder, a.a.O., zitierten Fall der Tateinheit von Notzucht mit Blutschande. Ebenso : Preisendanz, Anm. 5 zu § 17; Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, AT, Rdn. 7 zu § 17.

494) Wie oben S. 153 schon betont, geht es in unserem Zusammenhang nur um die Nötigung durch Streik gegenüber dem Arbeitgeber; die regelmäßig schon vorher gegenüber dem Arbeitskollegen verübte Nötigung interessiert in unserem Zusammenhang hier nicht weiter.

das sich auf außerhalb der eigentlichen Streikdrohung gelegene Umstände, auch Straftatbestände, bezieht, und dem auf die eigentliche Streiknötigung bezogenen Rechtswidrigkeitsbewußtsein das letztere gewissermaßen nur noch im Ausnahmefall anzunehmen wäre. Mir scheint nur wichtig, daß der Unterschied überhaupt gesehen wird. Im Regelfall wird es sicher so sein, daß das Bewußtsein des Täters, daß bestimmte Umstände außerhalb des eigentlichen Streiks als solchem Unrecht sind, ihn auch zu der Einsicht bringt, daß damit der Streik selbst seine rechtfertigende Kraft verloren hat und strafbaren Zwang gegen den Arbeitgeber darstellt.

Kann im Einzelfall eine solche Verbotsunkenntnis festgestellt werden, so ist als weitere Voraussetzung für einen entschuldbaren Verbotsirrtum zu prüfen, ob der Täter die Verbotsunkenntnis "vermeiden konnte". Für die "Vermeidbarkeit der Verbotsunkenntnis" kommt es, insbesondere nach der Rechtsprechung des BGH, darauf an, ob der Täter die "gehörige Anspannung seines Gewissens unterlassen und dadurch versäumt hat, das Unrechtmäßige seines Handelns zu erkennen".[495] Dieser Ausgangspunkt ist jedoch, wie Schönke-Schröder richtig ausführen[496], zu eng; denn die Fälle dürften selten sein, in denen schon eine bloße "Gewissensanspannung", also nur eine "introvertierte und nur vom guten Willen abhängige Reflexion"[496] die Verbotsunkenntnis zu beheben vermag. So hat der BGH selbst[497] ausgeführt, daß der Täter, um sich ein Urteil über das Verbot zu bilden, auch alle intellektuellen Erkenntnismittel einzusetzen und notfalls sein Verhalten entgegen der eigenen Überzeugung nach den Wertvorstellungen seiner Umwelt einzurichten hat. Das heißt aber, daß der Täter alle Erkenntnismöglichkeiten ausgeschöpft haben muß, deren Heranziehung billigerweise von ihm verlangt werden kann. Er darf sich nicht allein und ohne weiteres auf sein eigenes Urteil verlassen, sondern muß vielmehr die erforderlichen Auskünfte bei geeigneten Personen einholen.[498] Mit Recht meinen Schönke-Schröder[499] allerdings, daß der "Umfang an Sorgfaltspflicht...sich unter anderem aus den konkreten Umständen des Falles und dem Le-

---

495) So der bereits mehrfach zitierte "berühmte" Beschluß des BGH GS in BGHSt 2,201.

496) Rdn. 13 zu § 17.

497) BGHSt 4,5.

498) Preisendanz, Anm. 7 a) zu § 17; Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, AT, Rdn. 32 ff. zu § 17; Schönke-Schröder, Rdn. 16 zu § 17.

499) Rdn. 15 zu § 17.

bens- und Berufskreis des einzelnen" ergeben und "eine Überschätzung allgemeiner Grundsätze hier mehr schaden als nützen" könne. Trotzdem wird sich als Regel sagen lassen, daß der "einfache Streikbeteiligte" grundsätzlich sich auf die Rechtmäßigkeit eines von einer Gewerkschaft geführten Streiks verlassen kann; hier hieße es wohl den Bogen überspannen, wenn man verlangen wollte, daß der einzelne Arbeitnehmer, um etwaige Zweifel zu beheben oder zu klären, etwa einen Rechtskundigen befragen müsse. Die Gewerkschaften sind der alleinige tarifvertragsfähige Zusammenschluß der Arbeitnehmer; die Gewerkschaften bestimmen, wie bereits mehrfach betont, die Kampfziele und ob und wann und wie ein Streik durchgeführt wird. Dann müssen sich die einzelnen Mitglieder aber grundsätzlich auch darauf verlassen können, daß die von der Rechtsordnung für die Durchsetzung ihrer Interessen am Arbeitsplatz allein berufene Organisation sie nicht in einen strafbaren Arbeitskampf schickt.[500] Anders sieht es dagegen aus bei einem nichtgewerkschaftlich organisierten "wilden" Streik. Hier dürfte von dem einzelnen verlangt werden können, daß er zumindest bei einem kompetenten Vertreter seiner Gewerkschaft sich Auskunft einholt, ob gegen einen beabsichtigten "wilden" Streik Bedenken in rechtlicher Hinsicht bestehen. Im Regelfall wird er von dort - allein schon weil die Gewerkschaft im allgemeinen kein Interesse an einem "wilden" Streik haben wird und durch eine Unterstützung eines derartigen Streiks auch gegen ihre Friedenspflicht verstoßen würde - eine warnende Auskunft erhalten.

Damit läßt sich - etwas vereinfacht - sagen, daß der Streikende bei der Teilnahme an einem gewerkschaftlich organisierten Streik praktisch kaum ein Risiko läuft, u.U. strafrechtlich deswegen belangt zu werden, er dagegen mit hoher Wahrscheinlichkeit damit rechnen muß, sich sogar strafbar zu machen, wenn er sich an einem "wilden" Streik beteiligt und sich nicht vorher über dessen strafrechtliche Beurteilung gehörig Kenntnis verschafft hat. Damit ist gleichzeitig sichergestellt, daß der einzelne Streikteilnehmer - mag ihm durchaus auch nicht selten die Unrechtseinsicht fehlen - er dennoch auch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann,[501] wenn er "blindlings", d.h. ohne gehörige Information

---

500) In diesem Sinne nimmt etwa auch das BAG an, daß bei einem gewerkschaftlich geführten Streik eine Vermutung für dessen Rechtmäßigkeit bestehe. Vgl. oben S. 121.

501) Bei vermeidbarem Verbotsirrtum kann gem. § 17 Satz 2 die Strafe nach § 49 I gemildert werden.

vorher einzuholen, an einem "wilden" Streik teilnimmt. Diese Auffassung dürfte konform gehen mit den Auffassungen der im Arbeitsleben Stehenden : Der einzelne ist sich in der Regel bei einem "wilden" Streik sehr wohl bewußt, daß es sich dabei um etwas "durchaus anderes" handelt, als bei einem gewerkschaftlich organisierten Streik, das "Risikobewußtsein" ist entschieden höher. Das daraus resultierende kriminalpolitische Ergebnis dürfte ebenfalls befriedigend sein, indem auf diese Weise den grundsätzlich als unerwünscht zu betrachtenden "wilden" Streiks auch strafrechtlich eine deutliche Grenze gesetzt wird, während der einzelne Arbeitnehmer umgekehrt bei der Beteiligung an einem gewerkschaftlich organisierten Streik der Sorge nach der "möglichen strafrechtlichen Seite der Aktion" grundsätzlich enthoben ist.

V. Die Abgrenzung zwischen Nötigung (§ 240) und Erpressung (§ 253)

Bislang ist der Einfachheit halber stets nur von der Nötigung (§ 240) die Rede gewesen. Zum Abschluß soll nun aber noch kurz das Verhältnis zwischen Nötigung (§ 240) und Erpressung (§ 253) besprochen werden. Bereits zu Beginn unserer Untersuchung hatten wir die enge Verwandtschaft zwischen Nötigung und Erpressung angedeutet :

> Nötigung begeht, wer einen anderen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zwingt,
> Erpressung begeht, wer durch eine solche Nötigung dem Vermögen des Genötigten oder eines anderen Nachteil zufügt, um sich oder einen anderen zu Unrecht zu bereichern.

Danach ergibt sich zwanglos folgende Unterscheidung : soweit es um nicht-vermögenswerte Streikziele geht, also etwa um Fragen der Arbeitsordnung im Betrieb, um die Betriebsverfassung oder sonstige einzelne Maßnahmen personeller oder sachlich-betrieblicher Art gestreikt wird, kommt nur Nötigung in Betracht. Soweit dagegen der Kampf um wirtschaftliche, vermögenswerte Ziele geht, also insbesondere den Hauptfall des Lohnstreiks, kommt auch Erpressung in Betracht. Die gleichzeitig damit stets vorliegende Nötigung tritt dabei grundsätzlich hinter die Erpressung zurück (Fall der Geset-

zeskonkurrenz)[502]; Idealkonkurrenz käme nur in Betracht, wenn die Drohung auch noch einen anderen als den von § 253 geforderten Zweck verfolgt, also außer dem "vermögenswerten Ziel" noch ein anderes, z.B. eine betriebliche Einzelmaßnahme, erstrebt wird. Die Frage ist indessen, ob ein Streik um vermögenswerte Ziele, also insbesondere ein Lohnstreik, überhaupt Erpressung sein kann. Das wiederum hängt entscheidend davon ab, ob man bei einem derartigen Streik annehmen kann, es liege die Absicht vor, "sich oder einen anderen zu Unrecht zu bereichern."

1.) Das Reichsgericht freilich, darauf wurde schon kurz hingewiesen,[503], stand auf dem einfachen Standpunkt, daß ein Vorteil nicht rechtswidrig sei, auf den ein rechtlich begründeter Anspruch bestehe, und damit umgekehrt jeder Vermögensvorteil rechtswidrig sei, auf den kein Anspruch besteht. So hatte beispielsweise RGSt 21, 114 ausgeführt : "Der Begriff der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteiles[504] auf dem Gebiete der Erpressung wie des Betruges erfordert nach der vom Reichsgerichte festgehaltenen Ansicht weiteres nicht als das Nichtbestehen eines Rechtes oder eines begründeten Anspruches auf den erstrebten Vermögensvorteil, in Verbindung mit dem Umstande, daß zu dessen Erreichung beim Betruge das Mittel der Täuschung, bei der Erpressung das Mittel des Zwanges durch Gewalt oder Drohung angewendet wird. In diesem Sinne ist von den Angeklagten zweifellos ein rechtswidriger Vermögensvorteil erstrebt worden..." Und heute noch formulieren Dreher-Tröndle: "Rechtswidrig ist jeder Vermögensvorteil, auf den man kein Recht hat."[505] Danach stellt ein Streik stets eine tatbestandsmäßige Erpressung dar; denn ein Anspruch auf den erstrebten Vermögensvorteil besteht ja gerade noch nicht, sondern soll erst erkämpft werden.

---

502) Dreher-Tröndle, Rdn. 17 zu § 253; Lackner, LK Rdn. 29 zu § 253; Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, BT, Rdn. 20 zu § 253; Schönke-Schröder, Rdn. 30 zu § 253.

503) Oben S. 34 Fußnote 28.

504) § 253 a.F. hatte, ebenso wie die noch heute geltende Fassung des § 263, von der Absicht, "sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen" gesprochen, während § 253 n.F. die Absicht, "sich zu Unrecht zu bereichern" verlangt. Daraus ist nach h.M. jedoch kein sachlicher Unterschied herzuleiten, vgl. Blei, BT, S. 224; Maurach-Schroeder, BT, Tb 1, S. 390 f., m. w.Nachw.

505) Rdn. 41 zu § 263, auf die in Rdn. 14 zu § 253 verwiesen wird. Ähnlich Krey, BT, Band 2 Vermögensdelikte, S. 109.

Diese Rechtsprechung hat denn auch großenteils Widerspruch gefunden[506] und man hat nach Kriterien gesucht, hier eine sinnvolle Einschränkung zu finden. Freilich muß man dabei mit Maurach-Schroeder[507] sofort feststellen, daß "Übereinstimmung nur insofern besteht, als ein Vorteil, auf dessen Erlangung der Täter einen fälligen, unbedingten Anspruch hat, jedenfalls nicht rechtswidrig ist". Gerade dieser Fall liegt aber beim Streik nun ganz sicher nicht vor. "Im übrigen gehen die Meinungen weit auseinander. Während das Reichsgericht sich mit dem Umkehrschluß aus dem genannten Satz begnügte und aus ihm folgerte, daß rechtswidrig jeder Vermögensvorteil ist, auf den der Täter keinen Anspruch hat...wird in der Wissenschaft, die den Standpunkt des Reichsgerichts als zu rigoros empfindet, nach anderen Maßstäben gesucht."[507] Es seien hier nur kurz die wesentlichen Ansatzpunkte dieser Einschränkungsversuche genannt[508]! teilweise wird nur derjenige Vermögensvorteil als rechtswidrig betrachtet, der sich im Gegensatz zu den Vorschriften des bürgerlichen Rechts vollzieht und damit also wieder zurückerstattet werden muß; teilweise wird darauf abgestellt, ob die Bereicherung materiell nach dem Sittengesetz oder nach der Volksanschauung als Unrecht erscheint; wieder andere stellen auf die Art der Erlangung (Bereicherung auf fremde Kosten durch Eingriff in fremden Rechtskreis) ab usw. usw. Maurach-Schroeder ziehen daraus die verständliche Konsequenz, es sei zu der Auffassung des Reichsgerichts zurückzukehren, da sie objektiv stets zu klaren Ergebnissen führe und nur eine scheinbare Belastung des Täters darstelle;

---

506) Vgl. dazu schon Frey, Strike und Strafrecht, 1906; ausführlich gegen die Rechtsprechung des Reichsgerichts Nipperdey in seiner Dissertation "Grenzlinien der Erpressung durch Drohung", 1917. Dort auch zu dem Problem, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts sich letztlich auch über den damaligen § 152 GewO hinwegsetzte. Nipperdey, a.a.O., S. 81 : "...denn § 152 GewO unterstellt die Straflosigkeit der Anwendung von Streik, Aussperrung und Boykott als selbstverständlich..." Indessen haben diese Dinge inzwischen nur mehr "rechtshistorisches" Interesse.

507) BT, Tb 1, S. 428.

508) Vgl. im einzelnen Maurach-Schroeder, a.a.O., mit Nachweisen zu den verschiedenen Meinungen; Blei, BT, S. 211; vgl. auch Bockelmann, BT/1, Vermögensdelikte, S. 82 f., der darauf hinweist, daß ein "Vorteil, für sich genommen, nicht mit dem Prädikat 'rechtswidrig' belegt werden" könne; rechtswidrig könne "nur die Art und Weise seiner Erlangung" sein. Ferner Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, BT, Rdn. 13 zu § 253 : "Die Rechtswidrigkeit der Bereicherung soll nach h.M. bei vorhandenem Anspruch entfallen...Ebenso wie beim Betrug gilt aber auch hier, daß bei vorhandenem Anspruch der Schaden entfällt."

denn regelmäßig fehle es in diesen Grenzfällen an einem diesbezüglichen Vorsatz des Täters. Dieser "praktische Ausweg" dürfte jedoch gerade beim Streik wiederum nicht gangbar sein : zu sehr liegt hier auf der Hand, daß es sich um einen"typischen Fall"[509] handelt, bei dem auf den Vermögensvorteil, der erkämpft werden soll, gerade kein Anspruch besteht.

2.) Meines Erachtens müßte eine sinnvolle Beschränkung des Begriffs des "rechtswidrigen Vermögensvorteils" dadurch herbeigeführt werden, daß auf einen "materiellen Unrechtsgehalt" abgestellt wird. Diese Auffassung kann hier naturgemäß nicht im einzelnen dargelegt und ausgeführt werden, sie sei aber am Beispiel des Streiks immerhin exemplifiziert. Für unsere Überlegungen müssen wir kurz auf die Ausführungen oben[510] zur Frage der Verwerflichkeit einer "überzogenen" Lohnforderung[511] zurückgehen. Wir hatten dort letztlich aus dem Prinzip unserer marktwirtschaftlichen Ordnung, die bewußt den Streik als Regulativ zur Festsetzung der Arbeitsbedingungen (v.a. hinsichtlich der Löhne) anerkennt, die Konsequenz gezogen, daß weder durch Verwaltungseingriffe noch aber auch durch gerichtliche Kontrolle in diesen Mechanismus eingegriffen werden dürfe. Das bedeutet in Übereinstimmung mit der arbeitsrechtlichen Literatur, daß insbesondere eine gerichtliche Kontrolle der Höhe der Lohnforderungen, die mit einem Streik durchgesetzt werden sollen, grundsätzlich nicht stattfindet. Eben deshalb also kann in diesen Fällen auch niemals Nötigung festgestellt werden. Es wäre nun wohl aber abstrus, nachdem man ausdrücklich festgestellt hat, daß die Art und Weise, in der der Vermögensvorteil erworben wird (nämlich durch Streik) einschließlich sogar seines "Umfanges" (Forderungshöhe),gerade nicht nur strafrechtlich irrelevant, sondern sogar der erlaubte, von der Rechtsordnung vorgesehene Weg ist,[512]

---

509) Der von Maurach-Schroeder vorgeschlagene Weg verfängt eben nur bei "atypischen Einzelfällen", bei denen der Täter tatsächlich meist glaubt, er habe "ein Recht" auf den erstrebten Vermögensvorteil.

510) S.142 ff.

511) Der erstrebte Vermögensvorteil muß zwar nicht immer in einer Lohnerhöhung bestehen, diese ist vielmehr nur der Hauptbeispielsfall. Aus Gründen der Einfachheit der Darstellung sei dieser Hauptfall hier jedoch herausgegriffen. Für die übrigen Fälle eines sonstigen erstrebten Vermögensvorteiles gilt aber sinngemäß dasselbe.

512) Sofern freilich alle anderen Voraussetzungen, wie Einhaltung des "ultima-ratio-Prinzips", des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes usw.,erfüllt sind.

im gleichen Atemzug behaupten zu wollen, der streikende Arbeitnehmer verfolge ebendamit die Absicht, "sich zu Unrecht zu bereichern". Noch einfacher und kürzer ausgedrückt : wenn man - und das ist keine Frage des Beliebens, sondern ob man Art. 9 III GG ernst nimmt - aus Art. 9 III GG nunmehr ein echtes Grundrecht der Arbeitnehmer zum wirtschaftlichen Streik ableitet, also anerkennt, daß wirtschaftliche Streiks, "Arbeitskämpfe zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen", ein auch von der Verfassung gebilligtes Mittel zur Gestaltung der Arbeitsverhältnisse sind, und ebendeshalb derartige Streiks grundsätzlich einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund liefern, dann ist es einfach widersinnig anzunehmen, daß in Anwendung dieses Mittels gleichzeitig die Absicht verfolgt werde, sich zu Unrecht zu bereichern. Dies tun zu wollen, liefe auf eine "Bewußtseinsspaltung" hinsichtlich der Rechtswidrigkeit bei § 240 un § 253 hinaus, die am allerwenigsten von den möglicherweise Betroffenen verstanden würde : ein Recht zu erhalten, dessen Ausübung zugleich den Verfolg der Absicht bedeutet, sich zu Unrecht bereichern zu wollen !

Zur dogmatischen Seite sei allerdings noch folgendes klargestellt : ich halte es nicht für möglich - so darf mein Argument auch nicht verstanden werden - daß das Unrecht des erstrebten Vermögensvorteils bei § 253 stets quasi identisch mit der Rechtswidrigkeit der Handlung sei, durch die der Vermögensvorteil verschafft werden soll; denn letzteres setzt nach dem Maßstab der §§ 240 II und 253 II ein erhöhtes sozialethisches Unwerturteil voraus ("Verwerflichkeit"), das für das Unrecht des erstrebten Vermögensvorteils sicher nicht erforderlich ist. Im Sinne meines Ausgangspunktes, daß das "materielle Unrecht" des "zu Unrecht"erstrebten Vermögensvorteils zu bestimmen sei, meine ich vielmehr, daß hierfür nicht eine schematische Formel ausreichen kann ("rechtswidrig ist jeder Vermögensvorteil, auf den kein fälliger, unbedingter Anspruch besteht"), sondern als Maßstab die gesamte Rechtsordnung heranzuziehen ist. Das bedeutet konkret gesprochen, daß für die "Absicht, sich zu Unrecht zu bereichern", auch etwaige Rechtfertigungsgründe mitzuberücksichtigen sind. Einen derartigen Rechtfertigungsgrund stellt nun aber der Streik, wie dargelegt, gerade dar ! Ein wichtiger Punkt einer Theorie zum Begriff des "zu Unrecht erstrebten Vermögensvorteils" bei § 253, welche auf das "materielle Unrecht" abstellt, wäre somit - dogmatisch gesprochen - die Mitbe-

rücksichtigung auch von Rechtfertigungsgründen bei der Bestimmung dieses Unrechts. Der Fall des Streiks mag hierfür ein gutes Beispiel sein.[513)]

Zum Abschluß sei noch auf eine Konsequenz der hier vertretenen Auffassung zum Begriff des "zu Unrecht erstrebten Vermögensvorteiles" hingewiesen. Der ordnungsgemäß geführte wirtschaftliche Streik um vermögenswerte Ziele ist nach dieser Auffassung niemals tatbestandsmäßige Erpressung, da bei ihm die Absicht der Streikenden fehlt, "sich zu Unrecht zu bereichern". Bei einem Streik indessen, der seine rechtfertigende Kraft auch im Sinne des Strafrechts verloren hat, muß dann freilich konsequenterweise angenommen werden, daß auch der Vermögensvorteil "zu Unrecht" erstrebt wird. Denn auf den Vermögensvorteil besteht kein fälliger, unbedingter Anspruch und die Rechtsordnung läßt auch seine Durchsetzung im Einzelfall durch Streik gerade nicht zu. Diese Konsequenz eines derartigen "materiellen Unrechtsbegriffes" scheint mir jedoch gerecht. Als Beispielsfälle seien etwa herausgegriffen der Streik, der mit geplantem und organisiertem Einsatz von Gewalt durchgeführt wird und deshalb zur Nötigung wird oder der Fall des "ruinösen Streiks", bei dem der Gegner keine freie Entscheidungsmöglichkeit mehr hat, sondern nur noch "verzweifelt" den Streikforderungen nachgeben kann. In diesen Fällen kann allerdings auch der Streik zur Erpressung werden, wie ich meine zu Recht.

---

513) In der Sache dürfte damit weitgehend Übereinstimmung mit Schönke-Schröder, Rdn. 21 zu § 253,bestehen, die ausführen : "In der Absicht unrechtmäßiger Bereicherung handelt nicht, wer für seine Arbeit den nach seiner Auffassung angemessenen Lohn fordert." Nur scheint mir diese Formulierung "zu subjektiv" : entscheidend ist nicht und kann nicht sein, daß die mit einem Streik eine Lohnerhöhung fordernden Arbeitnehmer ihre Forderung selbst subjektiv für angemessen halten, sondern ausschlaggebend ist, daß objektiv die Rechtsordnung, die Verfassung sogar, den Arbeitnehmern das Streikrecht einräumt, um die nach ihrer Ansicht angemessenen Forderungen gegen den sozialen Gegenspieler durchzusetzen.

3. K A P I T E L

ATYPISCHE FORMEN DES WIRTSCHAFTLICHEN STREIKS

I. Einleitung

Unsere bisherigen Überlegungen im 2. Kapitel waren vom "Normalfall" des arbeitsrechtlichen Streiks ausgegangen, d.i. die gemeinsam und planmäßig durchgeführte Arbeitseinstellung einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern innerhalb eines Berufes oder Betriebes, und dadurch eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen, insbesondere im Bezug auf Lohn und Arbeitszeit zu erreichen, und zwar mit dem Willen zur Fortsetzung der Arbeit nach Erreichung des Kampfzieles oder nach Beendigung des Arbeitskampfes.[1] Im folgenden soll nun auf gewisse "atypische Formen" des Streiks näher eingegangen werden, nämlich den sog. "Sitzstreik", den "Krankmeldestreik" ("go-sick"), den "Bummelstreik" ("go-slow") und den sog. "Dienst nach Vorschrift". Dabei mag die Frage auf sich beruhen, ob es sich bei diesen "Streikformen" um "Streik im technischen Sinne" handelt oder ob diese lediglich dem Oberbegriff "Arbeitskampfmittel" unterfallen.[2] Von der wirtschaftlichen Zielsetzung her - Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer - kann jedenfalls kein Zweifel bestehen, daß es sich bei den genannten "atypischen Formen" des "Streiks" um Arbeitskampfmittel der Arbeitnehmer handelt. Im Sinne der oben[3] dargelegten Arbeitshypothese, wonach der Streikbegriff in dieser Arbeit möglichst weit gefaßt werden soll, kommt dieser Frage daher zunächst keine Bedeutung zu. Wir werden indessen bei der Frage nach der Zulässigkeit und rechtlichen Beurteilung dieser "atypischen Streikphänomene" sehr schnell zwangsläufig zu einer Gegenüberstellung mit dem "herkömmlichen" Streik gelangen.

---

1) So BAGE 1, 291. - Zum Streikbegriff siehe noch einmal oben S. 23 ff.

2) So für die drei letztgenannten Formen Löwer, JA 73, 619 ff.; vgl. auch Zöllner, Die Zulässigkeit neuer Arbeitskampfformen, Eduard Bötticher Festschrift 1969, 427 ff., der gerade untersucht, ob ein "numerus clausus" der Arbeitskampfmittel besteht oder ob neue Formen möglich und zulässig sind, worunter er u.a. den "Bummelstreik" rechnet.
Seiter, S. 263, will "passive Resistenz, verschleierter Streik, Bummelstreik , Dienst nach Vorschrift" unter dem Begriff der "kollektiven Minderung der Arbeitsintensität" oder der "kollektiven Leistungsminderung" zusammenfassen.

3) S. 30 f.

Von den soeben genannten vier "atypischen Formen" des Streiks sei die erste, der sog. "Sitzstreik" [4] hier nicht weiter erörtert. Beim "Sitzstreik" erscheinen die Arbeitnehmer zwar an der Arbeitsstelle, arbeiten jedoch nicht. [5] Der Unterschied zum "gewöhnlichen" Streik besteht also darin, daß die Arbeitnehmer immerhin am Arbeitsplatz anwesend sind, was für sie vor allem den Vorteil hat, daß der Arbeitgeber ihre Arbeitsplätze nicht anderweitig belegen kann. [6] Insofern sie jedoch offensichtlich erkennbar ihre Arbeitsleistung nicht erbringen, sondern die Wiederaufnahme der Arbeit von der Gewährung der geforderten Verbesserungen durch den Arbeitgeber abhängig machen, besteht praktisch kein Unterschied zum "gewöhnlichen" Streik; es gilt also hier das bereits im 2. Kapitel Ausgeführte.

Die drei übrigen Formen, der "Krankmeldestreik", der "Bummelstreik" und der sog. "Dienst nach Vorschrift" bedürfen jedoch genauerer Untersuchungen. Sämtlichen drei Formen ist zunächst gemeinsam, daß bei ihnen nicht offen die Arbeitsleistung verweigert wird, ein Ausfall oder eine Verminderung der Arbeitsleistung jedoch dadurch eintritt, daß die Arbeitnehmer solidarisch "krank werden", "langsamer arbeiten" oder aber "umständlicher" und damit ebenfalls langsamer arbeiten, indem sie vorgeben, das Gesetz "buchstabengetreu" zu erfüllen. Die Frage erhebt sich natürlich sofort, welchen Vorteil ein derartiges Vorgehen gegenüber dem "offenen Streik" hat. Darauf ist später im einzelnen einzugehen. Hier ist zunächst wichtig und interessant, daß diese Formen des "Langsamer-Arbeitens" sich als typisches "Kampfmittel" der Angehörigen des öffentlichen Dienstes, genauer der Beamten, herausgebildet hat, denen im Gegensatz zu den "Vertragsbediensteten" der öffentlichen Hand nach immer noch h.M. ein Streikrecht nicht zusteht. [7] Isensee [8] hat die "Genese" dieser Kampfformen sehr deutlich geschildert:

---

4) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz, Rdn. 114 zu Art. 9 sprechen von "Erscheinen im Dienst unter gleichzeitiger Untätigkeit" und fassen dies als "streikähnliche Maßnahme" auf, die aber dem Streik gleichstehe.
5) Vgl. Reuß, DVBl 1968, 57 ff. (60); Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 29
6) Vgl. Zöllner, a.a.O., S. 436
7) Vgl. Zöllner, a.a.O., S. 434, ferner Seiter, S. 264, und oben S.18 ff., 131.
8) Isensee, Dienst nach Vorschrift als vorschriftswidriger Dienst, JZ 71, 73 ff.

"Unter der institutionellen Garantie des Grundgesetzes, das die 'hergebrachten Grundsätze' des öffentlichen Dienstes verfassungsrechtlich versteinert hat, wird das Beamtentum rechtlich abgeschirmt vor der Dynamik der modernen Gesellschaft, vor ihren Risiken und Antagonismen, die in Vertragsfreiheit, Wettbewerb und Arbeitskampf ihren Ausdruck finden - eine Insel der Beharrung im Strom der gesellschaftlichen Entwicklung, der wechselnden Fortschrittsidealen entgegeneilt. Im Beamtentum haben sich lehensrechtliche Ordnungsvorstellungen von umfassender Treupflicht des Staatsdieners und von paternalistischer Fürsorgepflicht des Dienstherrn erhalten. Während innerhalb des öffentlichen Dienst- und Treueverhältnisses heute jedermann dem Erfolgsprinzip des legitimen Eigennutzes folgen darf, um sich einen Platz an der Sonne der Wohlstandsgesellschaft zu sichern, wird der Beamte weiterhin auf das karge Ideal uneigennütziger Pflichterfüllung verwiesen ..." Wer "im spröden Pathos kantianischer Beamtenphilosophie keine Tröstung" findet, könne allenfalls in krassen Fällen Verfassungsbeschwerde erheben, um die garantierte standesgemäße Alimentation einzuklagen. Die wirksamere Waffe des Streiks bleibe dagegen nach herrschender Rechtsauffassung versagt. "Sonderrecht erzeugt Anpassungsdruck ... Als Signal unübersehbar, werden in jüngster Zeit heftige politische und juristische Angriffe auf das herkömmliche Streikverbot geführt. Doch sogar unter der Geltung des Streikverbots hat sich - in der Rechtswissenschaft kaum vermerkt - eine spezifische Waffe der öffentlichen Bediensteten herausgebildet, die den Streikeffekt erzielt, ohne offener Streik zu sein: der 'Dienst nach Vorschrift'."

Der "Hauptanwendungsbereich" des "Krankmeldestreiks", des "Bummelstreiks" und des "Dienstes nach Vorschrift" liegt danach im Bereich des öffentlichen Dienstes, obwohl die beiden erstgenannten Formen natürlich genausogut im Bereich der Privatwirtschaft denkbar sind. Um die "Effektivität" dieses "Langsamer-Arbeitens" zu verstehen, bedarf es indessen noch der Betrachtung eines weiteren entscheidenden Moments, das sich mit dem Schlagwort von der "Funktionselite" charakterisieren läßt. Die Wirksamkeit - aber, negativ ausgedrückt, auch Gefährlichkeit - der als "Bummelstreik" oder "Dienst nach Vorschrift" bezeichneten ("getarnten") Maßnahmen beruht entscheidend auf dem Umstand, daß hier nicht irgendwelche beliebig ersetzbaren Arbeit-

nehmer ihre gewohnte Arbeitsleistung reduzieren, sondern hochspezialisierte Fachleute, eben Angehörige von "Funktionseliten". Kennzeichen für diese "Funktionseliten" sind:

- Die Zahl der die Tätigkeit ausübenden Personen ist relativ gering ("Spezialisten"); ihre Ausbildung ist im allgemeinen lange und aufwendig ("qualifizierte Ausbildung").
- Die Ausübenden erledigen für die Versorgung der Bevölkerung wichtige, z.T. lebenswichtige Aufgaben; ihre Tätigkeit kommt im wesentlichen nur im öffentlichen Dienst vor.

Daraus folgt, wie Löwer [9] zutreffend sagt, daß "Funktionseliten mächtig sind, weil sie nicht austauschbar sind: es gibt nur so viele Ausübende wie benötigt werden... Die Privatwirtschaft bietet kein Reservoir von Ersatz-Arbeitskräften... Die 'Funktionselite' bildet eine verhältnismäßig geschlossene, homogene Gruppe (Elitebewußtsein). Sie ist unmittelbar wichtig und unverzichtbar." Die daraus für den Staat und die Allgemeinheit resultierende Gefahr liegt auf der Hand: so wie bisher beispielsweise Post und Bahn [10] und Flugsicherungsbeamte [11] ihre Macht, weil Unentbehrlichkeit, demonstriert haben, können jeden Tag neue Gruppen ihre "Eliteeigenschaft" entdecken. Hier gilt es, die rechtlichen Grenzen für derartige Arbeitskampfmaßnahmen rechtzeitig abzustecken - und im "entscheidenden Augenblick" auch danach zu handeln, was angesichts der tatsächlichen

---

9) Löwer, a.a.O., S. 619
10) Zu den Aktionen "Igel" und "Adler" siehe oben S. 21 ff.
11) Zum Fluglotsenstreik 1973 siehe oben S. 85 ff.

Macht dieser Elitegruppen freilich ein Problem ersten Ranges ist. [12]

II. Die Formen des atypischen wirtschaftlichen Streiks

1.) Der "Krankmeldestreik" [13] ("go-sick") ist gekennzeichnet durch das plötzliche solidarische "Krankwerden" eines Großteils der "Funktionselite" [14] unter Vorlage eines ärztlichen Attestes bzw. eines amtsärztlichen Zeugnisses zum Nachweis der Krankheit. Das offenkundige, wenn auch natürlich nicht offen ausgesprochene Ziel der Aktion ist dabei die Durchsetzung irgendwelcher persönlicher Forderungen an den Dienstherrn nach Verbesserung der Dienstbedingungen (v.a. Besoldungserhöhungen) gemäß dem Slogan "wir werden wieder gesund, wenn wir besser bezahlt werden". [15] Der Krankmeldestreik, das ist klar, ist das "verdeckteste",am besten "getarnte" Arbeitskampfmittel, das "Funktionseliten" innerhalb der Beamtenschaft anwenden können; denn es ist nicht eben schwierig, bei Simulation von nicht vorhandenen oder Überdramatisierung von zwar latent vorhandenen, aber keineswegs gravierenden Beschwerden oder Krankheiten ein ärztliches Attest zu erhalten, das der Beamte seinem Dienstherrn vorlegt und damit zunächst seiner Verpflichtung aus § 73 I BBG nachkommt. Der

---

12) Vgl. hierzu die Befürchtungen Isensees, a.a.O., S. 79: "Bei den bisherigen Maßnahmen eines 'Dienstes nach Vorschrift' hat der Staat keine Sanktionen getroffen, vielmehr die Kampfziele sogar erfüllt, denen er sich vor Ausbruch des Dienstkampfes verschlossen hatte - gemäß der rechtsblinden Maxime der Politik, daß dem illegalen Druck zu weichen, der wehrlosen Loyalität aber unnachgiebig standzuhalten ist. Es steht zu erwarten, daß die staatliche Erfolgsprämie auf die Illegalität bei künftigen Aktionen weiter ausgezahlt werden wird. Es droht damit die Entstehung von verfassungswidrigem Gewohnheitsrecht." - In der Tat ist Hoffmann, AöR 91, 145 f. der Auffassung, daß die Auffassung vom Streikverbot bei den Aktionen "Igel" und "Adler" 1962 "in Widerspruch zur gesellschaftlichen Wirklichkeit" geraten sei, nicht zuletzt weil Disziplinarmaßnahmen ausgeblieben seien.

13) So Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Rdn. 114 zu Art. 9

14) Wie bereits erwähnt, kann ein "Krankmeldestreik", ebenso wie ein "Bummelstreik", genauso auch in der Privatwirtschaft auftreten; charakteristisch sind beide indessen gerade für die "Funktionseliten des öffentlichen Dienstes".

15) So recht anschaulich Löwer, a.a.O., S. 622

Dienstherr kann zwar noch die amtsärztliche Überprüfung anordnen [16], doch dürfte damit wenig gewonnen sein; eine zumindest kurzzeitige Beurlaubung wegen Krankheit - und das reicht für das "Streikziel" meist aus - wird auch bei amtsärztlicher Untersuchung auch bei einem Simulanten stets zu erreichen sein.

Das Problem des "go-sick" besteht also darin, daß der einzelne Beamte, der sich durch Vorspiegeln von nicht vorhandenen Beschwerden und Krankheiten ein ärztliches Attest verschafft, um sich auf diese Weise seiner Dienstpflicht zu entziehen, zwar rechtswidrig, ja sittenwidrig [17] handelt, ihm dieses rechtswidrige, sittenwidrige Verhalten aber nicht nachgewiesen werden kann. Sind damit disziplinarrechtliche Maßnahmen praktisch nicht durchführbar, so gilt dies in gleichem Maße für strafrechtliche Sanktionen. Man kann m.E. durchaus auf dem Standpunkt stehen, daß das Streikverhalten des "go-sick" "verwerflich" i.S.d. § 240 II [18] ist, d.h. "sozialethisch unerträglich", da der Dienstherr als Gegner praktisch keine Möglichkeit hat festzustellen, wer sich eigentlich im Arbeitskampf befindet und wer tatsächlich krank ist, also auch keinerlei Gegenmaßnahmen treffen kann und dennoch durch die Aktion der Allgemeinheit empfindliche Schäden entstehen, die auf den Dienstherrn zurückfallen. [19] Zu einer Bestrafung wegen Nötigung wird man aber mangels Nachweismöglichkeit wohl kaum kommen können. Ein kriminalpolitisch wenig erfreuliches Ergebnis! Soweit ersichtlich können hier auch nicht "bessere" oder "perfektere" Gesetze Abhilfe schaffen, da das Problem ja eigentlich sozusagen

---

16) Siehe Ule, Beamtenrecht, 1970, Anm. zu § 73 BBG; Rechtsgrundlage ist hierfür DV Nr. 2 zu § 17 DBG, die nach § 199 II BBG fortgilt.

17) Löwer, a.a.O., S. 622: "moralisch verwerflich"

18) Zu der Frage, daß nur § 240, nicht auch § 105 in Betracht kommt, siehe oben S. 76 f.

19) Wem die Allgemeinheit die "Schuld" in diesen Fällen zuschiebt, hängt vor allem von der geschickten Selbstdarstellung der Streikenden gegenüber der Allgemeinheit ab ("Propaganda"). Bei nur einigermaßen "gerechtfertigten" Forderungen dürfte erfahrungsgemäß von der Allgemeinheit sehr schnell die Forderung an den Arbeitgeber, sprich Staat, gerichtet werden, er solle doch endlich den Forderungen der Streikenden nachkommen, damit "alles wieder ins Lot kommt", d.h. die dringend erforderlichen Dienstleistungen usw. wieder erbracht werden.

ein "medizinisches" ist, insofern sich nicht in jedem Fall mit der erforderlichen Sicherheit das Vorliegen oder Fehlen von Beschwerden usw. bei einem angeblich "Kranken" feststellen läßt (viele durchaus ernst zu nehmende Beschwerden, etwa chronische Kopfschmerzen und dergl. sind rein "subjektiver Natur", d.h. durch objektive Befunde kaum nachprüfbar und können trotzdem im Einzelfall praktisch zur Arbeitsunfähigkeit führen!).Der auffällige bloße"Verdachtszusammenhang" zwischen den Forderungen nach dienstlichen, insbesondere besoldungsmäßigen Verbesserungen und dem plötzlichen "Siechtum" bei einem Großteil der "Funktionselite" reicht eben für einen Schuldnachweis nicht aus; vielmehr muß gerade dem einzelnen die schuldhafte Tatbestandsverwirklichung nachgewiesen werden - und niemand kann ausschließen, daß gerade dieser einzelne tatsächlich krank und damit dienstbefreit ist. Man kann mit Löwer [20] eigentlich nur hoffen, daß der "go-sick"-Streik "deshalb sich nicht durchsetzen wird, weil der Slogan 'wir werden wieder gesund, wenn wir besser bezahlt werden' so unmoralisch ist, daß der Streik sich keinerlei Unterstützung durch die öffentliche Meinung erfreuen könnte. Und Maßnahmen gegen den Staat und gegen die massierte öffentliche Meinung sind nur sehr schwer durchsetzbar."

2.) Beim "Bummelstreik" ("go-slow") handelt es sich um ein "kollektives Verhalten der Arbeitnehmer, bei dem die Arbeitsleistung nicht wie beim Streik gänzlich verweigert, sondern lediglich langsamer erbracht wird." [21] Auch er stellt eine Erscheinungsform des Streiks dar, wie sie aus dem Kollektiv-Arbeitsrecht bekannt ist; auch er kann, wie der "go-sick"-Streik auch in der Privatwirtschaft auftreten. Interessant und wichtig ist aber auch bei ihm vor allem die Abgrenzung zum sog. "Dienst nach Vorschrift", d.h. seine Betrachtung gerade im Hinblick auf "Streik" im öffentlichen Dienst.

---

20) A.a.O., S. 622

21) So Zöllner, a.a.O., S. 433, ähnlich Brox-Rüthers, a.a.O., S. 29: "Die Arbeitnehmer erfüllen auch dann ihre Arbeitspflicht ganz oder teilweise nicht, wenn sie zu langsam (Bummelstreik) ... arbeiten ..."; ähnlich Reuß, DVBl 1968, 60.

a) Der Sache nach ist der heute sog. "Bummelstreik" natürlich eine alte, längst bekannte Erscheinung. Man sprach früher - etwas allgemeiner - von "passiver Resistenz". So führte etwa schon das Reichsgericht aus [22]: "Sie (die Arbeiter, Anm. d. Verf.) erschienen zwar in der Fabrik, übten aber passive Resistenz aus, d.h. standen in den Räumen herum, plauderten und arbeiteten trotz wiederholter Ermahnungen der Aufseher und anderer Angestellter der Klägerin entweder gar nicht oder so wenig, daß eine ordnungsmäßige Aufrechterhaltung des Betriebs unmöglich war." Für unsere weitere Untersuchung der hier in Frage stehenden Phänomene und ihre rechtliche Beurteilung ist es nun aber erforderlich, den "Bummelstreik" gerade gegenüber dem sog. "Dienst nach Vorschrift", deutlich abzugrenzen. In der Literatur freilich wird beides oft synonym verwendet [23], und wie wir später beim "Dienst nach Vorschrift" noch sehen werden, mag ein Teil der Kontroversen bei der Beurteilung des "Dienstes nach Vorschrift" gerade auf diese begrifflichen Unschärfen zurückgehen.

Die Abgrenzung hat richtigerweise danach zu erfolgen, daß als "Bummelstreik" die Fälle zu erfassen sind, in denen das reguläre Arbeitstempo bewußt gesenkt wird. Dagegen ist der "Dienst nach Vorschrift" zunächst durch "gezielte Umständlichkeit" [24] bei "gleichem Arbeitstempo" charakterisiert: "Das

---

22) RGZ 111, 105 (111)

23) Vgl. etwa v. Münch, BK, Rdn. 193 zu Art. 9: "Ein sog. Bummelstreik ("Dienst nach Vorschrift") hat die Intentionen eines Streiks und ist daher ebenfalls unzulässig (Schick, ZBR 63, 72)". Auch der zitierte Schick, a.a.O., differenziert nicht scharf zwischen beidem. Ähnlich Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht II, 4. Aufl., 1976, S. 532: " Dienstpflichtwidrig ist auch ein 'Dienst nach Vorschrift' genannter vorschriftswidriger Bummelstreik". Dagegen etwa Däubler, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl., 1971, S. 258: "In der Literatur wird der Dienst nach Vorschrift meist dem 'Bummelstreik' oder der 'passiven Resistenz' gleichgesetzt und deshalb für rechtswidrig erklärt. Eine Begründung dafür erfolgt in aller Regel nicht. Dies ist umso erstaunlicher, als sich schon vom Wortsinn her bewußtes Langsamarbeiten von genauester Einhaltung der Dienstvorschriften unterscheidet." - Deutlich unterscheidet etwa auch Reuß, DVBl 1968, S. 57 (60): "Sitzstreik", "Bummelstreik" und "äußerst genaue Beachtung aller Ordnungsvorschriften";ähnlich Brox-Rüthers, a.a.O., S. 29; ferner: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, a.a.O.: "Dem Streik stehen streikähnliche Maßnahmen gleich, z.B. passive Resistenz, Erscheinen im Dienst unter gleichzeitiger Untätigkeit, 'Dienst nach Vorschrift', Krankmeldestreik, Bummelstreik." Isensee, JZ 71, 73 (74): vgl. den Text.

24) Isensee, a.a.O., S. 74 f.

Verfahren besteht in peinlich genauer, buchstabengetreuer Befolgung der einschlägigen Rechtssätze und Verwaltungsvorschriften. Diese systematische Pedanterie verzögert den üblichen Arbeitsablauf und stört die reibungslose Funktion der Verwaltung so empfindlich, daß für die zuständigen Staatsorgane eine Zwangslage entsteht, die sie den Forderungen der Beamten gefügig machen soll." [24] Diese Beschreibung des Phänomens "Dienst nach Vorschrift" bedarf jedoch noch einer wichtigen rechtlichen Klarstellung insofern, als "Dienst nach Vorschrift" im Sinne einer tragfähigen rechtlich brauchbaren Definition nur dann vorliegt, wenn diese "gezielte Umständlichkeit" bei gleichem Arbeitstempo sich auf vom Wortlaut her eindeutige Vorschriften bezieht, die dem einzelnen Amtswalter einen eindeutigen Befehl erteilen. Es ist nämlich falsch, zumindestens aber mißverständlich, wenn Isensee [24] meint: "Im Unterschied zum arbeitsrechtlichen 'Bummelstreik' erzeugt der"Dienst nach Vorschrift" einen Verzögerungseffekt nicht durch Senkung des normalen Arbeitstempos, sondern durch gezielte Umständlichkeit." Das klingt so, als ob es den "Bummelstreik" nur "im Arbeitsrecht",d.h. in der Privatwirtschaft, nicht aber auch im öffentlichen Dienst gebe, bzw. daß der "Dienst nach Vorschrift" im öffentlichen Dienst dem "Bummelstreik" in der Privatwirtschaft entspreche. Dies ist nicht richtig ! Vielmehr gibt es den "Bummelstreik" sowohl in der Privatwirtschaft, als auch im öffentlichen Dienst. Oder anders ausgedrückt: auch im öffentlichen Dienst gibt es "echten Bummelstreik", der nicht als "Dienst nach Vorschrift" qualifiziert werden kann!

Das folgt zum einen allein schon daraus, daß nicht jede Handlung des Beamten bis ins Detail durch Gesetze und Verwaltungsvorschriften genau vorgeschrieben ist, sondern dem einzelnen Beamten durchaus ein weiter "Handlungsspielraum" zur Verfügung steht. Gerade Isensee [24] beschreibt mit dem von ihm in den Vordergrund gestellten Effizienzprinzip diese Tatsache selbst sehr deutlich: "Die Erfüllung der gesetzlichen Verwaltungsaufgaben setzt notwendig eine funktionsfähige Organisation voraus. Deshalb ist die Funktionsfähigkeit selbst rechtlich geboten und rechtlich geschützt ... Die Verwaltung steht somit unter

---

24) Isensee, a.a.O., S. 74 f.

dem Rechtsgebot der Effizienz. Effizienz ist kein Rückstand einer vor-rechtsstaatlichen Staatsraison, sondern Ausfluß rechtsstaatlicher Rationalität ... Ihre eigentliche Wirkung entfaltet die Effizienz dort, wo der Verwaltung ein Handlungs- und Auslegungsspielraum belassen ist... Prinzipwidrig ist nicht nur der Stör-Erfolg, sondern bereits die Methode, die Amtsführung auf mechanische Regelhaftigkeit zu fixieren und jede spontane Anpassung an die konkreten Umstände auszumerzen. Systematische Unterdrückung von Initiativbereitschaft und Elastizität ist tendenziell bereits Schlechterfüllung von Amtspflichten..." Werden Spontaneität, Initiativbereitschaft und Anpassungsfähigkeit bewußt unterdrückt, so liegt nicht "Dienst nach Vorschrift", sondern ganz einfach ein "Langsamer-Arbeiten" ("go-slow") und damit "Bummelstreik" vor. Über diese allgemeine auf Effizienz ausgerichtete Kooperationsbereitschaft des Beamten hinausgehend hat dieser auch in der Mehrzahl der konkret anzuwendenden Gesetzes- und Verwaltungsvorschriften einen gewissen Freiraum bei der Art der Verwirklichung des von der jeweiligen Vorschrift erstrebten Zieles. Dabei ist indessen zu beachten, daß die Verwaltung und damit auch der einzelne Amtswalter als unterste Instanz der Verwaltungshierarchie an die einmal vorgenommene Gestaltung dieses Freiraumes grundsätzlich gebunden ist, solange nicht schwerwiegende sachliche Gründe für ein Abgehen von der bisherigen Verwaltungsübung sich ergeben. Man spricht insoweit im Verwaltungsrecht von einer "Selbstbindung der Verwaltung" durch eine bestimmte Verwaltungsübung, die letztlich auf den Gleichheitssatz zurückzuführen ist, wie er in Art. 3 I GG normiert ist. Isensee [25] führt hierzu treffend aus: "Eine derartige Entlastung (des einzelnen Amtswalters hinsichtlich der Rechtmäßigkeit seines Tuns, Anm. d.Verf.) ist global erfolgt, wo sich eine bestimmte Verwaltungsübung durchgesetzt hat. Ein solcher usus diuturnus et continuus darf als konkludent von der Verwaltungsspitze gebilligt gelten, wo er nicht ausdrücklich beanstandet worden ist ... Auf der anderen Seite kann sich aber der einzelne Organwalter nicht damit rechtfertigen, er schüttle ein Legalitätsrisiko ab und begebe sich auf den gesicherten Boden des Rechts, wenn er vom eingespielten Kooperationschema abweicht und zum 'Dienst nach Vorschrift' übergeht. Im Gegen-

---

25) A.a.O., S. 76.

teil: er verläßt den Boden des Rechts. Er darf nicht eigenmächtig aus der Routine ausbrechen... Wenn sich bei der Anwendung einer Norm eine bestimmte Verwaltungspraxis herausgebildet hat, so ist die Vorschrift damit verwaltungsintern konkretisiert und ihre Interpretation für den einzelnen Amtsträger vorentschieden, gleichgültig, ob es sich um eine innerdienstliche Regelung oder um einen Rechtssatz mit Außenwirkung handelt." [26] Eine Abkehr des einzelnen Amtswalters von einer bisherigen Verwaltungsübung ist damit sowohl im "externen" Verhältnis der Verwaltung zum Bürger, als auch im "internen" Verhältnis des Amtswalters zur Verwaltungshierarchie [27] niemals ein "Dienst nach Vorschrift", sondern "Dienst gegen die Vorschrift" [28] und damit "go-slow", "Bummelstreik". Aber auch wenn sich eine derartige Verwaltungsübung noch nicht eindeutig herausgebildet hat, gilt auf jeden Fall folgendes: bei Dienstvorschriften, die ihrem Wortlaut und ihrem Sinn nach eine vernünftige Auslegung derart zulassen, daß eine sinnvolle Erfüllung der Dienstgeschäfte ohne ernste Störung des Ablaufs möglich und damit geboten ist, ist eine übertriebene, umständliche Handhabung, die zu Störungen des Dienstbetriebes führt, kein "Dienst nach Vorschrift", sondern das

---

26) Wie die Ausführungen Isensees erkennen lassen, geht er zu Recht davon aus, daß dem einzelnen Organwalter grundsätzlich nicht die eigenmächtige Auslegung und Überprüfung der Rechtssätze und Verwaltungsvorschriften zukomme, insbesondere ihm eine "Normenkontrolle auf eigene Faust" versagt sei, die Entscheidung über Inhalt und Anwendung der Rechtsgebote sowie über Handhabung des Ermessens vielmehr der Verwaltung als Organismus zufalle. Der einzelne Organwalter nehme an diesem Entscheidungsprozeß immer nur nach Maßgabe seiner jeweiligen Gliedstellung im Ganzen teil. Insoweit unterscheide er sich als "integriertes Glied des Verwaltungskörpers" vom sachlich unabhängigen Richter, der als desintegrierter Entscheidungsträger unmittelbar den Forderungen von "Gesetz und Recht" ausgesetzt und verpflichtet sei. Die Weisung des jeweils nächsthöheren Dienstvorgesetzten sei für den Organwalter der "vorrangige, primär gehorsamheischende Rechtsakt". Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit seien auf dem Dienstwege geltend zu machen; Remonstration entlaste grundsätzlich von rechtlicher Verantwortung (§ 38 BRRG, § 56 BBG).

27) Zur Begründung siehe noch einmal die vorige Fußnote.

28) So Löwer, a.a.O., S. 621.

Gegenteil, nämlich "Langsamer-Arbeiten", "Bummelstreik". [29]

Damit ist ein Großteil von Fällen, die vielfach ebenfalls als "Dienst nach Vorschrift" bezeichnet werden, richtigerweise als schlichte "Schlechterfüllung" von Dienstpflichten einzustufen, die ihrem Wesen und den Auswirkungen nach "Bummelstreik" [30] sind, insofern die geschuldete Dienstleistung nicht in dem möglichen und gebotenen Tempo "effizient" erbracht wird, Als "echte" Anwendungsfälle des sog. "Dienstes nach Vorschrift" verbleiben demnach nur die Fälle, in denen, wie bereits erwähnt, eine eindeutige Norm einen eindeutigen Befehl an den Amtswalter ausspricht. Diese echten Fälle des "Dienstes nach Vorschrift" werden unten gesondert zu besprechen sein. [31]

b)aa) Der "Bummelstreik" als Fall der "Leistungszurückhaltung", die durch Senkung des regulären Arbeitstempos herbeigeführt wird, ist nach praktisch einhelliger Meinung in der Literatur rechtswidrig.[32] Die Begründung für diese Auffassung stützt sich im wesentlichen - und zwar unabhängig, ob der "Bummelstreik" im Kollektiv-Arbeitsrecht oder im öffentlichen Dienstrecht vorkommt - darauf, daß der "Bummelstreik" als solcher, als Kampfmittel schlechthin unzulässig sei. Dieser Standpunkt wurde bereits in

---

29) Ein besonders einprägsames Beispiel hat in diesem Zusammenhang Reuß, a.a.O., S. 60 gewählt: Wenn Dienstvorschriften "Stichproben in ausreichender Zahl" als Überwachungsmaßnahme vorschrieben, so sei jeweils situationsbedingt zu prüfen, wieviel Stichproben - und wie eingehend - vorzunehmen seien, um einerseits den ordnungsmäßigen Ablauf nicht ernstlich zu stören, andererseits aber bei den zu Überwachenden das Risikogefühl einer auch bei ihnen möglichen Stichprobenkontrolle zu erzeugen.

30) Auch Däubler, a.a.O., S. 259 erkennt an, daß hier in Wahrheit gar kein "Dienst nach Vorschrift" vorliegt, da man sich "unter formalistischer Berufung auf den Wortlaut über den wirklichen Sinngehalt der Bestimmungen hinwegsetzt. Offenkundig ist hier vielmehr eine Schlechterfüllung der Arbeitspflicht gegeben, die eine Parallele zur passiven Resistenz rechtfertigt....."

31) S.235 ff.

32) Nachweise bei Löwer, a.a.O., S. 622; hier seien nur die auch an anderer Stelle Zitierten erwähnt: Brox-Rüthers, a.a.O., S. 67; Isensee, a.a.O., S. 73 ff.; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, a.a.O., Rdn. 114; Reuß, a.a.O., S. 60; Ramm, Das Koalitions- und Streikrecht der Beamten, Ein Rechtsgutachen, 1970, S. 126; Hanau, JuS 71, 123; Hueck-Nipperdey, II/2, S. 982; Zöllner, a.a.O., S. 434. - Wie in Fußnote 23) erwähnt, wird dabei allerdings terminologisch nicht immer scharf zwischen "passiver Resistenz", "Dienst nach Vorschrift" und dem "echten Bummelstreik" unterschieden.

der oben zitierten RG-Entscheidung RGZ 111, 112 vertreten: "Aber der in dem Bescheid vom 30.4.1923 geäußerten Ansicht des Reichsarbeitsministers (RArbBl., Amtl. T. 530), daß passive Resistenz kein Streik sei, kann nicht beigepflichtet werden. Sie ist sogar schlimmer als ein Streik. Denn sie will die Streikwirkung ohne nachteilige Folgen für die Arbeiter erreichen. Sie hängt der tatsächlichen Arbeitsniederlegung das Mäntelchen der Vertragstreue um, um neben dem Druck auf den Arbeitgeber den Arbeitnehmern den Lohn ohne Gegenleistung von ihrer Seite zu erhalten und um, wenn der Arbeitgeber sich zur Wehr setzt, den Anschein zu erwecken, als seien die Arbeiter die Angegriffenen und nicht die Angreifer. Passive Resistenz ist daher ein unlauteres Kampfmittel, ein verschleierter Streik."

In arbeitsrechtliche Terminologie übersetzt bedeutet dies also im wesentlichen, daß der "Bummelstreik" den Grundsatz der "Opferparität", unter dem der reguläre Streik steht, und das Prinzip der Waffengleichheit verletzt.

Entscheidend für die praktische Bedeutung, aber auch die rechtliche Beurteilung des "Bummelstreiks" neben dem regulären Streik ("Vollstreik") ist zunächst, ob die Arbeitnehmer, solange sie lediglich bummeln, ihren Entgeltanspruch ganz oder wenigstens teilweise behalten [33]. Die Entgeltfrage ist zunächst unabhängig davon, ob das Kampfverhalten der Arbeitnehmer individualrechtlich sich rechtswidrig oder rechtmäßig darstellt. So liegt es "in der Natur der Sache", daß bei Akkordarbeit in jedem Falle sich der Entgeltanspruch zwangsläufig entsprechend der verminderten Leistung mindert. Problematischer ist die Frage dagegen beim Zeitlohn [34]. Die Minderung des Lohns könnte auf § 323 BGB gestützt werden unter dem Gesichtspunkt der teilweisen Unmöglichkeit. Die unter "Bummelei" erbrachte Arbeitsleistung wäre als Teilleistung

---

33) Wie Zöllner, a.a.O., S. 435 richtig ausführt, ist in diesem Fall der Arbeitskampf für die Arbeitnehmer bzw. die Gewerkschaft wirtschaftlich weit weniger drückend; für den Arbeitgeber dagegen kann die wirtschaftliche Einbuße trotzdem erheblich sein, u.U. ist sie sogar größer als bei einem Vollstreik. Verlieren die Arbeitnehmer dagegen ihren Entgeltanspruch ganz, so hat der "Bummelstreik" im allgemeinen als Alternative zum Vollstreik keine Bedeutung.

34) Vgl. zum folgenden näher Seiter, S. 296 f.

anzusehen, deren Entgelt im Verhältnis des Wertes der erbrachten Leistung zum Wert der Normalleistung zu mindern wäre. [35] Eine Ausnahmeregelung, wie etwa §§ 615, 616 BGB, die vollen Lohnanspruch bei verminderter Arbeitsleistung ausdrücklich gewährt, ist nicht ersichtlich. Rein theoretisch ließe sich also eine Lohnminderung entsprechend der verminderten Arbeitsleistung juristisch sehr wohl begründen. Praktisch sieht die Sache jedoch ganz anders aus: zunächst ist bei einem Arbeiten (sofern nicht der bereits erwähnte Fall der Akkordarbeit vorliegt), das die Arbeitszeit ausfüllt, nur eben langsamer erfolgt, eine auch nur einigermaßen zutreffende Bestimmung der Teilleistung nicht durchführbar. Die Schwierigkeit wird bei kollektivem Verhalten der Arbeitnehmer noch um ein Vielfaches größer, wenn es darum geht, entsprechend der aus dem Kollektivverhalten resultierenden Leistungsminderung eine individuelle Entgeltminderung vorzunehmen. [36] Zöllner [37] bemerkt

---

35) Zur Frage der Teilunmöglichkeit siehe Palandt, Anm. 4 zu § 323; Unmöglichkeit im Sinne des BGB ist stets nur die dauernde Unmöglichkeit; es ist jedoch h.M., daß bei Dauerverpflichtungen (etwa zur Arbeitsleistung) die zeitweise Unmöglichkeit im allgemeinen eine teilweise dauernde darstellt, vgl. dazu Palandt, Anm. 4 zu § 275. Mit anderen Worten: Der Arbeiter, der am Montag nicht arbeitet bzw. nicht arbeiten kann, kann - obwohl zunächst vordergründig betrachtet nur "zeitweise Unmöglichkeit" vorliegt - die Arbeitsleistung nicht am Dienstag "nachholen", d.h. erbringen; denn am Dienstag muß er ja ohnehin arbeiten (die für Dienstag geschuldete Leistung erbringen; "Dauerverpflichtung", "Dauerschuldverhältnis"). Also ist mit Ablauf des Montags (genauer: sukzessive Minute um Minute) die Arbeitsleistung dauernd unmöglich geworden.

36) Siehe dazu auch Seiter, S. 297 f.

37) A.a.O., S. 435. - Ausdrücklich für eine "rechtsfortbildende Anerkennung eines kollektiven Entgeltminderungsrechts" des Arbeitgebers bei Bummelstreik hat sich insbesondere Seiter, S. 298, ausgesprochen.

hierzu mit Recht: "Man müßte schon dem Arbeitgeber die Vornahme der Minderung aufgrund eines pauschalierenden Vergleichs der durchschnittlichen Arbeitsleistungen vor und während des Bummelstreiks gestatten. Die Befugnis dazu könnte aber sicherlich nicht aus § 323 BGB hergeleitet werden. Sie wäre vielmehr bereits eine rechtsfortbildend gewonnene arbeitskampfrechtliche Sonderregel." Das bedeutet, im praktischen Ergebnis, daß beim "Bummelstreik" eine Schlechterfüllung (nur teilweise Leistung) durch die Arbeitnehmer vorliegt, der aber der volle Lohnanspruch gegenüber dem Arbeitgeber gegenübersteht. Alleine der Arbeitgeber muß ein Opfer erbringen (das ihn zum Nachgeben zwingt und zwingen soll), während die Arbeitnehmer ohne wirtschaftliches Opfer und Risiko ihren "getarnten" Kampf durchführen können. Damit ist aber der arbeitsrechtliche Grundsatz von der Opferparität in eklatanter Weise verletzt. Das gleiche gilt für den von Beamten durchgeführten "Bummelstreik". Die Anordnung des automatischen Verlustes der Dienstbezüge kraft Gesetzes, wie sie in § 73 II BBG (vgl. § 47 BRRG) für die Zeit des schuldhaften Fernbleibens vom Dienst vorsieht und wie sie auch bei einer Arbeitsniederlegung eintreten müßte, [38], läßt sich, trotz der beschriebenen "streikartigen Wirkung" beim "Bummelstreik", aus den für die arbeitsrechtliche Rechtslage ausgeführten Gründen - Unmöglichkeit einer quantifizierenden Erfassung der Minderleistung und Unmöglichkeit einer eindeutigen Feststellung der Teilnahme am "Bummelstreik" - nicht auf den "Bummelstreik" ausdehnen. Hinzu kommt, worauf Isensee [39] hinweist, daß auch verfassungsrechtliche Bedenken bestünden, eine strafähnliche, belastende Rechtsfolge im Wege der Analogie auszuweiten. Auch der "Bummelstreik" im öffentlichen Dienst verletzt also den Grundsatz der Opferparität.

Der Mangel eines von den "streikenden" Arbeitnehmern oder Beamten zu erbringenden eigenen Opfers und eines eigenen wirtschaftlichen Risikos führt aber noch zu einem ganz anderen Aspekt des "Bummelstreiks": eben weil es so einfach und risikolos ist, auf diese Weise beliebige Forderungen durchzusetzen, besteht praktisch keine regulierende Schranke mehr für den Einsatz dieses "Kampf-

---

38) So Däubler, a.a.O., S. 255; Isensee, a.a.O., S. 79.
39) A.a.O., S. 79.

mittels", es fehlt, wie Ramm [40] es treffend bezeichnete, an einer "natürlichen Streikprävention". Ramm zieht daraus mit Recht den Schluß, daß der "Bummelstreik" ebendeshalb auch nicht an der sozialstaatlichen Privilegierung und Anerkennung des (regulären) Streiks teilhaben könne.

Zöllner [41] freilich meint, die Rechtswidrigkeit des "Bummelstreiks" könne sich nicht schon daraus ergeben, daß die Arbeitnehmer mit ihm volle Lohnfortzahlung bei geminderter Arbeitsleistung erreichen wollen; denn ähnliches werde auch beim Schwerpunktstreik von Arbeitnehmern in Schlüsselpositionen erstrebt: der Arbeitgeber soll den Lohn für die nicht streikenden Arbeitnehmer möglichst fortbezahlen, obwohl er sie nicht beschäftigen kann. Zöllner liefert aber sofort anschließend selbst das Gegenargument, wenn er ausführt: "Es ist dann seine (des Arbeitgebers beim Schwerpunktstreik, Anm. d. Verf.) Sache, diesen Arbeitnehmern den Lohn nach den Grundsätzen über das Betriebsrisiko zu verweigern oder sie auszusperren." [41] Darin liegt eben der Unterschied: beim Schwerpunktstreik handelt es sich um "offenen Kampf", d.h. der Arbeitgeber kann sich zur Wehr setzen und damit auch sein von ihm zu erbringendes Opfer vermindern (z.B. Aussperrung, Verweigerung der Lohnzahlung); beim "Bummelstreik" als "getarntem"Kampf kann er sich dagegen gerade nicht zur Wehr setzen, sondern würde damit gerade selbst als Angreifer erscheinen.

Damit sind wir indessen bereits zum zweiten Argument gelangt, das für die Rechtswidrigkeit des "Bummelstreiks" spricht: der "Bummelstreik" verstößt gegen das Prinzip der Kampfparität, weil dem Arbeitgeber ein dem Verhältnis Streik - Aussperrung entsprechendes Reaktionsmittel fehlt. Die Verfassung schützt nämlich nicht nur den Streik sondern in gleicher Weise auch die Aussperrung (Grundsatz der Waffengleichheit). Beide Kampfmittel sind - sofern eine schlichtungsweise Einigung im Einzelfall nicht erzielt werden kann - gleich unentbehrliche Einrichtungen eines marktwirtschaftlichen Tarifsystems mit sozialer Selbstverwaltung. Daraus ergibt sich eine gleichmäßige Neutralitätspflicht des Staates gegenüber den Arbeitskämpfen beider Parteien. Jeder hoheitliche Eingriff, der einseitig eine Sozialgruppe oder ihre Kampfmittel

---

40) Ramm, a.a.O., S. 158.
41) A.a.O., S. 437.

privilegieren wollte, würde gegen das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung und damit die Sozialstaatsklausel des Art. 20 I GG verstoßen. Schließlich ist die Waffengleichheit auch durch den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 I GG gesichert. Dieser Grundsatz der Kampfparität ist im wesentlichen unbestritten und h.M. [42]

Nach weitaus überwiegender Meinung ist der "Bummelstreik" daher als Kampfmittel an sich schlechthin rechtswidrig, gleichgültig, ob in der Privatwirtschaft oder im öffentlichen Dienst angewendet.

bb) Daß dieses Ergebnis aber nicht unbedingt so problemlos richtig sein muß, darauf hat Zöllner [43] mit einem interessanten Argument hingewiesen. Im Anschluß an den in Fußnote 42) zitierten Leitsatz der Entscheidung des Großen Senats des BAG vom 28.1.1955 stellt Zöllner die Frage, ob ein Grundsatz der Freiheit der Wahl der Arbeitskampfmittel nur in dem Sinne bestehe, daß die Sozialpartner berechtigt sind, unter den historisch gewordenen Arbeitskampfmitteln auszuwählen (Freiheit der Typenauswahl = Bindung an bestimmte Formen = Typenzwang) oder ob der Grundsatz weitergehe, indem er auch die Herausbildung abweichender, neuer Typen gestattet (Freiheit der Typenbildung = echte Typenfreiheit). Zöllner kommt dabei zu dem Ergebnis, daß sich diese Frage nicht zweifelsfrei generell beantworten lasse - z.B. aus den Prinzipien des freiheitlichen sozialen Rechtsstaats (Art. 20, 28 GG oder anerkannten Grundsätzen des Arbeitskampfrechts [44] - sondern nur durch Diskussion anhand konkreter neuer Formen des Arbeitskampfs, beispielsweise dem "Bummelstreik". Für den "Bummelstreik" sieht auch Zöllner die eminenten Vorteile für die Arbeitnehmer: Druck auf den Arbeitgeber bei voller Lohnfortzahlung und Anwesenheit im

---

42) Vgl. Brox-Rüthers, a.a.O., S. 45; BAG 1, 291 Leitsatz 4: "Bei dem legitimen Arbeitskampf gilt der Grundsatz der Kampfparität und der Freiheit der Wahl der Kampfmittel." - Zum Grundsatz der Kampfparität (Waffengleichheit) ausführlich Seiter, S. 156 ff.

43) A.a.O., S. 436 ff.

44) A.a.O., S. 433: "Die Aufzählung der verschiedenen Grundsätze des Arbeitskampfrechts läßt bereits die Unsicherheit des Bodens erkennen, auf dem man sich bei der Bestimmung der Zulässigkeit neuer Arbeitskampftypen begibt. In der Tat könnte hier Rechtssicherheit ohne Eingreifen des Gesetzgebers erst durch eine feste Judikatur oder durch Usancen der Sozialpartner geschaffen werden. Da es daran fehlt, muß eine erste rechtswissenschaftliche Erörterung sich damit begnügen, Fragen zu stellen und Argumente für und wieder zu sammeln..."

Betrieb während des "Arbeitskampfs", so daß etwa eine anderweitige Besetzung ihrer Arbeitsplätze durch den Arbeitgeber nicht vorgenommen werden kann. Zöllner [45] meint nun aber - und hierin widerspricht er der h.M. - daß sich nicht generell sagen lasse, daß ein "Bummelstreik" den Arbeitgeber stärker belaste als ein gewöhnlicher Streik. Dies hänge vielmehr u.a. auch von der Kostenstruktur des Unternehmens ab. Vielfach könnte es für den Arbeitgeber sogar günstiger sein, wenn wenigstens ein Teil der Unternehmensaufgaben weitergeführt werden kann und dadurch Stillstandsschäden vermieden werden. Es müsse überhaupt generell gefragt werden, ob nicht "in vielen Fällen zum gewöhnlichen Streik gar nicht geschritten" werden dürfte, sondern vielmehr wegen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerade der "Bummelstreik" als schwächere Kampfform zu wählen wäre. Zöllner geht sogar noch einen Schritt weiter [46]: "Unter besonderen Verhältnissen kann der Bummelstreik sogar die einzig mögliche oder jedenfalls die optimale Form des Arbeitskampfes für die Arbeitnehmer sein. Zu denken wäre z.B. an Arbeitskämpfe in Krankenhäusern und anderen für die Öffentlichkeit lebensnotwendigen Betrieben, in denen durch Bummelei zwar die Arbeitgeberseite unter Druck gesetzt wird, gleichzeitig aber der Betrieb zur Befriedigung der dringendsten öffentlichen Aufgaben aufrechterhalten bleibt. Alsdann wird der Bummelstreik vom Grundsatz der Erforderlichkeit ganz sicher umfaßt." Damit erscheint der "Bummelstreik" plötzlich in einem völlig anderen Licht: aus dem "per se rechtswidrigen" Kampfmittel [47] ist eine durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vielfach geradezu gebotene Möglichkeit des schonenderen Arbeitskampfes geworden. So bestechend das Argument Zöllners auch auf Anhieb sein mag, einer genaueren Nachprüfung dürfte es kaum standhalten. Zunächst läßt auch der Zöllnersche Ansatz die Tatsache unberührt, daß der "Bummelstreik" gegen die Prinzipien der Opferparität und der Kampfparität verstößt. Die Argumente der h.M. gegen den "Bummelstreik" sind damit also nicht entkräftet.

---

45) A.a.O., S. 436.
46) A.a.O., S. 437.
47) Löwer, a.a.O., S. 623.

Zöllner [48] meint dazu freilich, der Grundsatz der Waffengleichheit sei nicht im Sinne formaler Entsprechung der Waffen, sondern als Chancengleichheit im Kampf aufzufassen: "Ermöglichung gleichgewichtigen Kampfes ist das Entscheidende, nicht Symmetrie des Waffenarsenals." Dem könnte durchaus zugestimmt werden, nur besteht eben auch diese Möglichkeit zum gleichgewichtigen Kampf beim "Bummelstreik" gerade nicht; denn er Arbeitgeber, der seine "einzige Waffe", die Aussperrung, einsetzen würde, müßte zwangsläufig als "Angreifer" erscheinen. Das Problem des "Bummelstreik" besteht ja gerade in seiner Unangreifbarkeit durch den Arbeitgeber: der Arbeitgeber bräuchte sicher keine "neuen Waffen", wenn nur die alten einsetzbar wären. Ein adäquates Kampfmittel für den Arbeitgeber wäre wohl in der Tat nur die Befugnis zu einseitiger kampfweiser Lohnminderung [49]. Dann müßte aber auch hier erst noch geklärt werden, wann diese Waffe überhaupt eingesetzt werden darf; denn der "Bummelstreik" zeichnet sich ja gerade dadurch aus, daß nicht offen der "Krieg erklärt" worden ist.

cc) Kritisch zu prüfen bleibt freilich, ob nicht doch im Einzelfall der "Bummelstreik" im Vergleich zu einem regulären Streik das schonendere Kampfmittel sein kann. Hier müssen indessen auch die möglichen Fälle terminologisch klar auseinandergehalten werden: das oben gebrachte Zitat Zöllners [50] läßt den Verdacht aufkommen, daß hier auch Verrichtungen, die üblicherweise als "Notarbeiten" bezeichnet werden, unter den Begriff des "Bummelstreiks" gebracht werden sollen ("... gleichzeitig aber der Betrieb zur Befriedigung der dringendsten öffentlichen Aufgaben aufrechterhalten bleibt.") Wenn in einem Betrieb (vor allem einem lebenswichtigen Betrieb) offen gestreikt wird und nur die dringendsten Arbeiten, sog. "Notarbeiten", verrichtet werden, so handelt es sich um keinen "Bummelstreik", sondern einen ganz regulären Streik, dessen Zulässigkeit sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Arbeitskampfrechts richtet und gegen den der Arbeitgeber auch seinerseits Gegenmaßnahmen ergreifen kann. Beim "Bummelstreik" geht es alleine um die

---

48) A.a.O., S. 438.
49) Vgl. Zöllner, a.a.O., S. 437.
50) Vgl. oben Fußnote 46).

Fälle, in denen bewußt langsamer gearbeitet wird, ohne daß die "Streikenden" dies offen als Kampfmittel zur Verbesserung ihrer Arbeits- oder Dienstbedingungen erklären. Ein Kampfmittel, gegen das der Gegner in keiner Weise antreten kann, kann aber doch wohl nicht als "schonender" gelten. Zöllner geht von der falschen Vorstellung aus, daß beim "Bummelstreik" immerhin "noch mehr als gar nicht" gearbeitet wird und der "Bummelstreik" trotzdem ein "Kampfzeichen" gegen den Arbeitgeber sei, insgesamt also weniger belastend und "sozioökonomisch weniger lästig". [51] Genau das Gegenteil ist aber der Fall! Denn wegen der fehlenden "natürlichen Streikprävention" beim "Bummelstreik" kann ein derartiger Streik praktisch jederzeit angefangen und praktisch beliebig lange durchgeführt werden (solange nur dem Arbeitgeber nicht wirtschaftlich der "Atem ausgeht"). Ein derartiger "getarnter Arbeitskampf" führt notwendig zu einer schwelenden Unruhe und Unzufriedenheit im Betrieb und zerstört die Vertrauensgrundlage für eine echte Kooperation im Betrieb zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern [52]; damit ist er belastender für alle Beteiligten und er ist lästiger als der reguläre Streik!

---

51) A.a.O., S. 436.

52) Gerade die von Zöllner zitierten Fälle des "Bummelstreiks" in Krankenhäusern und anderen lebensnotwendigen Betrieben dürften damit das Gegenteil beweisen. Wie mag einem Arzt zumute sein, der nicht weiß, ob und wann z.B. "bummelstreikende" Schwestern die vorgeschriebenen Anordnungen auch wirklich ausführen; die Verantwortung für Pannen läge zunächst jedenfalls beim Arzt. Denn hier wie andernorts auch dürfte es als "offenes Geheimnis" gelten, daß die (rechtlich) "Verantwortlichen" im Arbeitsalltag praktisch gar nicht alle irgendwo normierten Sorgfalts- und Kontrollpflichten voll erfüllen können, sondern insoweit "auf Gedeih und Verderb" auf die loyale Kooperationsbereitschaft ihrer Mitarbeiter angewiesen sind. Ein "Bummelstreik" kann daher u.U. über die allgemeinen arbeitskampfrechtlichen Argumente hinaus, die zu seiner Verurteilung führen, geradezu zu einer berufsspezifischen Gefahrenquelle ersten Ranges werden. Zu denken ist ferner an "gefährliche Betriebe"; hier kann der allgemeine mangelnde Arbeitseinsatz zu schwerwiegenden Arbeitsunfällen führen. Kein Arbeitnehmer kann sich am Arbeitsplatz mehr wirklich sicher fühlen, weil er nicht weiß, wie sehr sein Kollege bei Verrichtung seiner Arbeit "gebummelt" hat usw.

Eine Ausnahme wäre lediglich denkbar, wenn mit dem "Bummelstreik" nur eine Art Warnsignal gegeben werden soll. Hier könnten etwaige Stillstandsschäden bei einem regulären Streik tatsächlich größer sein, als wenn kurzzeitig "gebummelt" wird [53]. Die Frage ist nur, ob der "Bummelstreik" - wenn die Gegenseite das Warnsignal nicht hören will - nicht in den meisten Fällen zwangsläufig in ein "chronisches Stadium" übergehen wird, wo er aus den geschilderten Gründen untragbar ist. Man wird deshalb im Ergebnis den "Bummelstreik" insgesamt als rechtswidrig ablehnen müssen. Unter dem Gesichtspunkt der Wahl eines schonenderen Kampfmittels wäre allerdings zu erwägen, ob nicht "Teilzeitstreiks" [54] nicht nur zulässig, sondern wegen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch geboten wären. Bei einem Teilzeitstreik wird die Arbeitsleistung nicht durch langsameres, sondern zeitlich verkürztes Arbeiten in normalem Tempo verringert. Der Unterschied zwischen einem derartigen "Teilzeitstreik" und einem "Vollstreik" besteht nur in der Dauer des Streiks; in beiden Fällen handelt es sich aber um "offenen Kampf", bei dem beide Seiten Opfer bringen müssen, aber auch voll ihre arbeitskampfrechtlichen Waffen einsetzen können. Die These von der Notwendigkeit des "Bummelstreiks" wegen seiner geringeren Belastung für den Arbeitgeber dürfte damit auch praktisch aus den Angeln gehoben sein: die Arbeitnehmer können durch die "Dosierung" der Dauer eines Streiks dessen Wirkung sehr genau bestimmen, dazu bedarf es nicht der "Bummelei" als "getarntem" Arbeitskampf.

Aus den dargelegten Gründen ist ein "Bummelstreik" somit sowohl im arbeitsrechtlichen Bereich als auch im öffentlichen Dienst schlechthin unzulässig. Soweit man mit der h.M. davon ausgeht, daß Beamte überhaupt kein Streikrecht haben [55], sondern

---

53) Auch Seiter, S. 268, vertritt gegenüber der Zöllnerschen These, der "Bummelstreik" sei das schonendere Kampfmittel, einen differenzierenden Standpunkt: "Ob die kollektive Leistungsminderung oder der Vollstreik den Arbeitgeber härter treffen, läßt sich allgemein nicht sagen. Im Einzelfall kann die Leistungsminderung den Arbeitgeber zwar genauso oder noch mehr schädigen als ein Streik. Vielfach dürfte es für ihn jedoch vorteilhaft sein, wenn der Betrieb nicht völlig zum Stillstand kommt."

54) Auch Zöllner, a.a.O., S. 439, sieht Anlaß zu der Frage und wundert sich, daß von dieser Kampfform bei uns so wenig Gebrauch gemacht wird.

55) Vgl. dazu oben S.18 ff.

ausnahmslos verpflichtet sind, "nicht nur routinemäßig ihre Arbeit zu verrichten", sondern "sich im Rahmen der Arbeitszeitvorschriften mit ihrer ganzen Persönlichkeit um deren zeitgerechte und bestmögliche Erledigung sowie ständige Verbesserung der Aufgabenerfüllung bemühen" [56] müssen, insoweit ist der "Bummelstreik" im öffentlichen Dienst darüberhinaus auch in spezifisch beamtenrechtlichem Sinne rechtswidrig (vgl. §§ 36 BRRG, 54 BBG).

c) aa) Die für unsere Untersuchung entscheidene Frage geht freilich auch hier dahin, ob der solchermaßen einhellig als rechtswidrig abgestempelte "Bummelstreik" auch unter strafrechtlichen Gesichtspunkten relevant werden kann. Konkret ist auch hier letztlich zu prüfen, ob der beamten- und arbeitsrechtlich rechtswidrige "Bummelstreik" möglicherweise auch als "verwerflich" im Sinne des § 240 II StGB anzusehen ist und in jedem Falle damit zur strafbaren Nötigung wird. Die Gründe für die arbeits- und beamtenrechtliche Rechtswidrigkeit des "Bummelstreiks" sind, das haben die Ausführungen gezeigt, gewichtig;durchaus fraglich dürfte aber sein, ob sich annehmen läßt, daß der "Bummelstreik" einen "sozialethisch unerträglichen Motivationsdruck" auf den sozialen Gegenspieler ausübt bzw. ausüben kann. Das Problem scheint mir hier darin zu liegen, daß beim "Bummelstreik" die aus anderen Rechtsgebieten mitheranzuziehenden Rechtswidrigkeitsgründe [57] auf generellen, grundsätzlichen Erwägungen beruhen, bei der strafrechtlich entscheidenden Frage nach der "sozialethischen Verwerflichkeit" jedoch entscheidend quantifizierende Momente eine Rolle spielen. So konnten wir beispielsweise in den Fällen [58], in denen ein Streik deshalb arbeitsrechtlich rechtswidrig war, weil er ein unerlaubtes Ziel hatte (z.B. Hinausdrängen eines Arbeitskollegen aus dem Betrieb, weil er sich nicht organisieren wollte oder Streikbrecher gewesen war, als Verlet-

---

56) Schütz-Ulland, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, Ambrosiuskommentare, Band 16, 4. Aufl., § 57 Anm. 2.

57) Wie oben S.146 ff. dargelegt sind Rechtswidrigkeitsurteile in anderen Rechtsgebieten in keiner Weise zwingend determinativ für das Verwerflichkeitsurteil der Relationsformel des § 240 II StGB. Um nicht zu mehr oder weniger willkürlich erscheinenden Ergebnissen zu gelangen, halte ich es jedoch in jedem Falle für unerläßlich, als Maßstab gewissermaßen das Urteil aus anderen Rechtsgebieten mitheranzuziehen. Dies ist nicht zuletzt ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit.

58) Oben S.146 ff.

zung des negativen Koalitionsrechts aus Art. 9 III GG bzw. der Streikfreiheit) oder mit unlauteren Mitteln geführt wurde (z.B. eingeplante gewalttätige Streikposten, die gegen Strafgesetze verstoßen), die Qualifizierung dieser Streiks in anderen Rechtsgebieten als rechtswidrig verhältnismäßig einfach und sicher als Grundlage für unser Verwerflichkeitsurteil verwenden; denn daß beispielsweise ein planmäßig mit Einsatz von Gewalttätigkeiten geführter Streik einen sozialethisch unerträglichen Motivationsdruck auf den Arbeitgeber ausübt, war gewissermaßen "direkt abzuleiten".

Im vorliegenden Fall sind einmal die Kriterien, die im Arbeits- bzw. Beamtenrecht den "Bummelstreik" rechtswidrig machen - Fehlen der Opferparität und der Kampfparität, Verstoß gegen die umfassende Dienstpflicht des Beamten - sozusagen "abstrakter", zum anderen ist mit einem generellen Verstoß eines jeden "Bummelstreiks" gegen die genannten"abstrakten" Prinzipien noch überhaupt nichts über das "quantitative Ausmaß" der Verletzung ausgesagt. Der beste Beweis hierfür dürfte die oben ausführlich besprochene Auffassung von Zöllner sein, der sogar meinte, daß ein "Bummelstreik" vielfach durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz noch vor einem Vollstreik gefordert würde. Und in der Tat kann ein "Bummelstreik" von einem kurzen "Denkzettel" ohne nennenswerte Einbußen auf der Arbeitgeberseite bis zu einem wochenlangen "versteckten Kampf" mit erheblichen Produktionsrückständen und schwerstem Schaden sämtliche denkbaren Zwischenformen annehmen. Dementsprechend muß auch das Urteil im Hinblick auf die Verwerflichkeit unterschiedlich ausfallen. Bei nur kurzen "Warn-Bummelstreiks", die einen geringeren Motivationsdruck auf den Arbeitgeber ausüben, als ein auch nur kurzzeitiger "Vollstreik", kann keine Rede von "Verwerflichkeit" sein. Allein die auch in diesem Falle natürlich gegebene Verletzung der Opferparität vermag ein anderes Urteil nicht zu rechtfertigen, da es dadurch praktisch kaum zu spürbaren Einbußen auf der Arbeitgeberseite kommen wird. Anders sieht die Sache freilich aus, je länger ein "Bummelstreik" durchgeführt wird. Mit jeder Stunde, jedem Tag, den der Arbeitgeber seinerseits den Lohnanspruch der "bummelnden" Arbeitnehmer voll erfüllen muß, ohne eine adäquate Gegenleistung dafür zu erhalten, wird deutlicher und schließlich unübersehbar, was Nichtwahrung der Opferparität konkret bedeuten kann. Wenn man, wie oben dargelegt, bedenkt,

daß der Arbeitgeber praktisch vollen Lohn bei verminderter Arbeitsleistung zahlen muß und zudem dem Arbeitgeber kein Arbeitskampfmittel zur Verfügung steht, das er anwenden könnte, ohne seinerseits als Angreifer dazustehen, kann dadurch bei entsprechender Dauer des "Bummelstreiks" m.E. durchaus ein "sozialethisch unerträglicher" Motivationsdruck auf den Arbeitgeber entstehen, der den "Bummelstreik" zur verwerflichen Nötigung macht. Oder anders ausgedrückt: wenn die Arbeitskampfordnung den Streik grundsätzlich als Druck-, als "Nötigungsmittel" gegen den sozialen Gegenspieler zuläßt, so nur, weil die Auseinandersetzung der Tarifparteien notfalls auch durch Kampf mit Recht als bestes, sinnvollstes Regulativ zur Festsetzung der Arbeitsbedingungen anerkannt ist. Soweit es um diesen von unserer Wirtschaftsordnung gebilligten Kampf geht, wird eine "Nötigung" des Gegners als zwangsläufig unvermeidbar hingenommen. Dies kann jedoch nicht mehr gelten, wenn nach den äußeren Gegebenheiten gar kein Kampf mehr vorliegt, sondern nur mehr die eine Seite ohne eigenes wirtschaftliches Risiko die andere Seite beliebig "ausplündern" kann. Eine derartige "Nötigung" des Gegners, die nicht mehr als Kampfmittel verstanden werden kann, sondern auf eine risikolose "Ausbeutung" des Gegenspielers hinausläuft, ist geradezu die Pervertierung des arbeitsrechtlichen "Kampfideals", sie ist "verwerflich". [59)]

Eine allgemeingültige Zeitspanne dafür, wenn ein "Bummelstreik" verwerflich wird, läßt sich natürlich nicht angeben. Neben der Zeitdauer des "Bummelstreiks" spielt eine große Rolle die "Intensität", mit der "gebummelt" wird, und aus beidem resultierend die konkreten Auswirkungen auf den bestreikten Betrieb, die wiederum beeinflußt sind von dessen Kosten- und Personalstruktur und Stellung in der Gesamtwirtschaft. So mag ein mit "mäßiger Intensität" betriebener "Bummelstreik" mehr lästig, als wirklich belastend sein in einem Betrieb, der weniger "arbeits- und lohnintensiv" ist und auch keine ausgesprochenen Spezialisten beschäftigt und der praktisch "Endproduzent" ist: hier wird es zwar auch zu einer Produktionsminderung infolge des

---

59) Insofern hat der Fall des ausgedehnten "Bummelstreiks" eine gewisse Ähnlichkeit mit dem oben S.175 f. diskutierten Fall des "ruinösen Streiks", bei dem der Gegenspieler sich ebenfalls gar nicht mehr zur Wehr setzen kann.

"Bummelstreiks" kommen; diese wird aber über die bloße Umsatzminderung hinaus keine "Folgeschäden"zeitigen.Zudem wird es in einem vor allem mit bloßen Anlernkräften besetzten Betrieb leichter sein, Ersatzkräfte einzustellen. Typischer Fall hierfür wäre etwa, wenn in einem weitgehend automatisierten Betrieb, der Endprodukte herstellt, die Arbeiter in der Verpackungsabteilung "bummeln". Hier wird zwar die Auslieferung der Produkte durch die "Bummelei" zunächst verzögert; darüber hinaus dürften aber keine größeren Schäden beim Arbeitgeber entstehen, zumal er verhältnismäßig leicht ungelernte Ersatzarbeitskräfte wird einstellen können. Ganz anders dagegen die Situation in einem vorwiegend mit Spezialisten besetzten "lohnintensiven" Betrieb, der zudem ein wichtiger Zulieferer für andere Betriebe ist. Hier besteht die Gefahr, daß durch auch nur geringfügige Produktionsverzögerungen "Folgeschäden" dadurch auftreten, daß der Hauptbetrieb nicht mehr termingerecht beliefert werden kann. Diese Folgeschäden können einmal darin bestehen, daß z.B. wegen entsprechender Garantiezusagen des Zulieferers dieser für Produktionsausfälle beim Hauptbetrieb haftbar gemacht wird oder aber der Hauptbetrieb sich überhaupt um einen neuen, zuverlässigeren Zulieferer bemüht. Gerade bei Zulieferbetrieben, die auf einen oder wenige Hauptbetriebe ausgerichtet sind, kann das eine Existenzfrage werden. Nun können diese wirtschaftlichen Einbußen natürlich bei jedem regulären Streik genauso auftreten und sind als Druckmittel ja gerade bewußt gewollt; nur besteht beim "Bummelstreik" eben, wie bereits dargelegt, der entscheidende Unterschied darin, daß die "bummelnden" Arbeitnehmer alle diese wirtschaftlichen Einbußen beim Arbeitgeber in beliebigem Umfang und beliebiger Dauer zufügen können, ohne selbst ein irgendwie geartetes Opfer bringen zu müssen ("fehlende natürliche Streikprävention").

bb) Dürfte damit feststehen, daß der "Bummelstreik", wenn er nur über längere Dauer mit genügender Intensität und mit entsprechen-

den Einbußen beim Arbeitgeber [60] durchgeführt wird, sehr wohl zu einer rechtswidrigen Nötigung gem. § 240 StGB werden kann, so taucht freilich sofort die Frage nach der Nachweisbarkeit beim einzelnen Bummelstreikteilnehmer auf. Bereits beim "Krankmeldestreik" ("go-sick") hatten wir nur bedauernd feststellen können, daß dagegen mit strafrechtlichen (und auch sonstigen rechtlichen) Mitteln nichts auszurichten war. Dort hatte das entscheidende Problem im außerrechtlichen, nämlich medizinischen Bereich gelegen und wir mußten konstatieren, daß hier keine auch noch so "perfekten" Gesetze etwas ändern könnten, solange eben medizinisch sich das Vorliegen von Krankheitsbeschwerden nicht immer objektiv feststellen bzw. widerlegen läßt. Etwas anders ist die Situation beim "Bummelstreik". Hier ist die Arbeitsleistung eine wenn auch nicht immer einfach und exakt, so aber doch grundsätzlich feststellbare Größe. Sollten also etwa "Bummelstreiks" als "modernere", weil subtilere, weniger eigene Opfer fordernde Waffe in größerem Umfange angewandt werden, so müßte man sich arbeitskampfrechtlich durchaus Gedanken machen, welche rechtlichen Möglichkeiten den Arbeitgebern an die Hand gegeben werden können und müssen, um das Fehlen der Opfer- und Kampfparität beim "Bummelstreik" wieder wettzumachen. Als mög-

---

60) Gerade die Auseinandersetzung mit dem Argument von Zöllner, der "Bummelstreik" sei grundsätzlich weniger belastend für den Arbeitgeber als ein Vollstreik, dem die h.M. das "Prinzip der Opferparität" entgegensetzt, zeigt m.E., daß man ehrlicherweise sagen muß, daß offenbar noch keine genügenden rechts- und wirtschaftstatsächlichen Erhebungen darüber angestellt worden sind, wie denn die "Wirklichkeit" nun tatsächlich aussieht. Sollte sich beispielsweise durch derartige Tatsachenerhebungen herausstellen, daß ein "Bummelstreik" u.U. tatsächlich "schonender" ist als ein Vollstreik, so müßte man in der Tat überlegen, ob nicht - um die Opferparität herzustellen - der Arbeitgeberseite das kampfweise Recht zur Lohnminderung eingeräumt werden müßte.Damit hätte die Arbeitgeberseite 1.) überhaupt ein Kampfmittel gegen den "Bummelstreik", und 2.) wäre der Arbeitskampf damit insgesamt auf eine "subtilere Ebene" gehoben. Ich sehe hier durchaus Ansatzpunkte für eine positive Entwicklung in Richtung auf eine "subtilere Führung des Arbeitskampfes" (freilich mit den oben S. 222 gemachten Einschränkungen), nur fehlen im Augenblick noch die rechtstatsächlichen Befunde, die Grundlage für eine dann erst sinnvoll mögliche Diskussion der rechtlichen Lösungsmöglichkeiten sein müssen.

liches Instrument wurde oben bereits die einseitige kampfweise Lohnminderung durch den Arbeitgeber erwähnt. Diese Dinge sind freilich zur Zeit noch viel zu wenig diskutiert und man hat sicher auch noch viel zu wenig praktische Erfahrung mit diesen "modernen Kampfformen" [61], als daß hier tragfähige Problemlösungen angeboten werden könnten. Wichtig scheint mir zunächst nur die Feststellung, daß unter arbeitskampfrechtlichen Gesichtspunkten es durchaus möglich erscheint, die Phänomene "rechtlich in den Griff zu bekommen". Wäre es also jedenfalls grundsätzlich möglich, die Minderleistung bei einem "Bummelstreik" durch Vergleich der vor und während des "Bummelstreiks" erbrachten durchschnittlichen Gesamtleistung aller in Betracht kommenden Arbeitnehmer objektiv einigermaßen sicher festzustellen und daraus arbeitskampfrechtliche Gegenmaßnahmen der Arbeitgeberseite, etwa anteilige Lohnminderung abzuleiten, so muß ein derartiges pauschales Verfahren im Strafrecht auf jeden Fall zum Scheitern verurteilt sein. Läßt sich schon nicht die Teilnahme des einzelnen Arbeitnehmers am "Bummelstreik" überhaupt, geschweige die konkrete Minderleistung des einzelnen für die zivilrechtliche Anwendung des § 323 BGB sicher nachweisen, so muß dies um so mehr für den strafrechtlichen Schuldvorwurf gelten. Selbst wenn ein längerdauernder "Bummelstreik" zu ganz eklatanten wirtschaftlichen Einbußen auf der Arbeitgeberseite geführt hat, wird es kaum gelingen, dem einzelnen Arbeitnehmer, der seine "Bummelei" geschickt "tarnt", seine Beteiligung an der Aktion konkret nachzuweisen, zumal der einzelne - selbst wenn immerhin feststeht, daß er "langsamer als üblich" gearbeitet hat - darauf wird verweisen können, daß angesichts der Tatsache, daß der gesamte Betrieb als Wirkungseinheit ja langsamer läuft, auch er als "winziges Rädchen" notwendigerweise nicht schneller arbeiten könne. [62] Nur in Ausnahmefällen wird sich der strafrechtliche Schuldvorwurf mit hinreichender Sicherheit beweisen

---

61) Vgl. dazu oben Fußnote 44.

62) Ein plastisches Beispiel: Selbst wenn die Arbeitnehmer in der Verpackungsabteilung nachweislich die Hälfte der Zeit sich "nichtarbeitenderweise" unterhalten und sich sogar nachweisen läßt, daß sie die "Bummelaktion" befürworten, läßt sich bei ihnen ein vertragswidriges (geschweige ein strafrechtlich relevantes) Verhalten solange nicht feststellen, als die Produktionsabteilung einfach nicht mehr anliefert und die Arbeiter in dem an den Tag gelegten "Bummeltempo" das, was angeliefert wird, arbeitsmäßig bewältigen.

lassen.

So wenn bei einem "Bummelstreik", der als Gesamtaktion als rechtswidrige Nötigung verstanden werden muß, nachweislich ein einzelner Arbeitnehmer, obwohl genügend Arbeit vorhanden ist, auffallend umständlich und langsam seine Arbeit verrichtet. Um allerdings nicht Gefahr zu laufen, daß u.U. eine bloße zivilrechtliche Schlechterfüllung eines Arbeitsvertrages plötzlich als Nötigung bestraft wird (so z.B. wenn der einzelne die von ihm verlangte Verrichtung einfach nicht besser beherrscht, was er immerhin zu seinem Schutze wird vorbringen können!) scheint es mir erforderlich, daß der betreffende Arbeitnehmer mehrmals wegen seines Arbeitsverhaltens getadelt worden ist bzw. er genaue Anweisungen erhalten hat, wie er seine Arbeit zu verrichten habe, und er dennoch beharrlich dem zuwiderhandelt. [63] Es lassen sich beim "Langsamarbeiten" nämlich grob gesprochen im wesentlichen drei "Arten" unterscheiden. Der langsamere Arbeitsablauf kann beruhen:

1.) darauf, daß zwischen zwei Verrichtungen, die an sich in normalem Tempo vorgenommen werden, unübliche "Pausen" eingelegt werden,

2.) darauf, daß die Einzelverrichtung umständlich, "unfachmännisch" vorgenommen wird und

3.) darauf, daß die Einzelverrichtung zwar als solche ordnungsgemäß, "fachgerecht", aber betont langsam erfolgt.

Zumindest in den beiden erstgenannten Fällen dürfte der Arbeitgeber in der Lage sein, kraft seines Direktionsrechtes dem einzelnen Arbeitnehmer gezielte Anweisungen zu geben, wann er welche Verrichtungen in welcher Weise durchzuführen hat. Das Verfahren ist zwar sicherlich äußerst mühsam und kein Betrieb könnte längere Zeit produktiv arbeiten, wenn auch bei kleinsten Verrichtungen an die Stelle der Kooperationsbereitschaft der Arbeitnehmer das Direktionsrecht des Arbeitgebers treten müßte.

---

63) Diesen Gedanken bringt auch Isensee, a.a.O., S. 76, im Hinblick auf den "Dienst nach Vorschrift" in ähnlicher Form: "Die Tarnung der Unbotmäßigkeit würde zerstört, wenn ein geschickter Dienstherr den Aktionen pseudoloyaler Pedanterie durch gezielte konkrete Weisungen gegensteuerte, so daß den Beamten nur der offene Widerstand übrig bliebe, wenn nicht dem 'Dienst nach Vorschrift' die Spitze abgebrochen werden sollte." Als Beispiel bringt Isensee, daß etwa in der Zollverwaltung sich der Zeit- und Personalaufwand für eine Kontrollmaßnahme und die Quote der Stichproben relativ situationsnah im Weisungswege festlegen lasse. - Nach der hier vertretenen Abgrenzung läge im letztgenannten Fall übriges "Bummelstreik", nicht "Dienst nach Vorschrift" vor, vgl. oben S. 210 ff.

Es sollte aber gezeigt werden, daß es im Einzelfall durchaus möglich sein kann, dem einzelnen auch strafrechtlich eine Beteiligung an einem "Bummelstreik" nachzuweisen. Freilich ist zuzugeben, daß ein Nachweis umso schwieriger ist, je qualifizierter die vom Arbeitgeber geforderte Tätigkeit ist und je mehr sie durch seine Spontaneität und Kreativität bestimmt ist.

cc) Es stellt sich aber auch noch ein gewichtiges kriminalpolitisches Problem hier insofern, als es sich - sofern ein individueller Schuldnachweis überhaupt gelingt - immer nur um Einzelfälle wird handeln können, die zu einer möglichen strafrechtlichen Ahndung gelangen. Dies dürfte sicherlich kriminalpolitisch unbefriedigend sein. Wie bereits oben [64] für den regulären Streik dargelegt, müßte m.E. auch in den Fällen des extremen "Bummelstreiks" kriminalpolitisch richtigerweise versucht werden, vor allem an die "Hintermänner", die Organisatoren eines derartigen "Bummelstreiks" heranzukommen. Die oben gemachten Ausführungen hinsichtlich der Täterschaft gelten auch hier; auch die Organisatoren eines "Bummelstreiks" tragen als Täter zum Gelingen der gesamten Aktion entscheidend bei: sie wollen die Aktion als die ihre durchführen und sie haben den Geschehensablauf auch hier objektiv in ihren Händen, auch wenn sie nicht zu den eigentlichen "Bummelanten" gehören. Damit fällt bei diesen "Hintermännern", die den "Bummelstreik" organisieren, das Problem hinsichtlich des Nachweises einer Beteiligung am Streik (Nachweis des bewußten "Langsamerarbeitens") praktisch weg. Für den Nachweis der "Beteiligung" am Streik als Täter genügt bei diesen Organisatoren des "Bummelstreiks" jede nachweisbare organisatorische, planerische oder sonstige den Ablauf der Aktion steuernde Handlung, so daß hier insoweit jedenfalls keine streikspezifischen Nachweisprobleme für die Tat bestehen. Auch hier zeigt sich übrigens, daß ein Arbeitskampf nicht lediglich als "Nichtarbeiten" oder "Langsamerarbeiten" verstanden werden kann, sondern als gezielte Maßnahme höchster Aktivität einer ganzen Organisation.

dd) Im Anschluß an die oben [65] bei § 253 StGB angestellten Erörterungen zum Problem des erstrebten "rechtswidrigen Ver-

---

64) S. 190 ff.
65) S. 198 ff.

mögensvorteils" läßt sich schließlich für die im Sinne des § 240 II verwerflichen Fälle von "Bummelstreik" auch feststellen, daß nicht nur Nötigung, sondern sogar Erpressung, § 253 StGB, gegeben ist, soweit Ziel der Aktion die Durchsetzung einer vermögenswerten Forderung ist. Denn die an einem "Bummelstreik" beteiligten Arbeitnehmer haben keinen fälligen, unbedingten Anspruch auf den erstrebten Vermögensvorteil und der Weg, diesen Vorteil durchzusetzen, ist von der Rechtsordnung nicht gebilligt, sondern stellt seinerseits eine strafbare Nötigung dar. Dieses Ergebnis halte ich auch für den Fall des "Bummelstreiks" für gerecht und billig. Es ist in den extremen Fällen von "Bummelstreik" - und nur diese sind ja auch als Nötigung strafbar, weil sozialethisch verwerflich - auch strafrechtlich sichtbarer Ausdruck dafür, daß der "offene Arbeitskampf" [66], wie er von unserer Wirtschafts- und Sozialordnung nicht nur geduldet, sondern - wenn unvermeidbar - auch gebilligt wird, in diesen Fällen gescheut wird und stattdessen versucht wird, ohne eigenes wirtschaftliches Risiko den sozialen Gegenspieler unter Druck zu setzen und ihn "auszubeuten"; das aber darf im Recht "Erpressung" genannt werden.

ee) Was die strafrechtliche Beurteilung der von Beamten durchgeführten "Bummelstreiks"betrifft, so ergeben sich meines Erachtens keine entscheidend anderen Probleme. Gerade hier wird

---

66) Wie oben S.202 ausgeführt, erfüllt auch der "offene Streik" § 253 StGB, wenn er seine rechtfertigende Kraft auch im Sinne des Strafrechts verloren hat. Entscheidend ist nach hier vertretener Auffassung für die Bejahung des "zu Unrecht erstrebten Vermögensvorteils", daß das Strafrecht auch die Art und Weise der Durchsetzung des nicht bestehenden Anspruchs durch Streik im Einzelfall nicht zuläßt (Relationsformel in §§ 240 II, 253 II StGB!). Die strafrechtliche Verwerflichkeit der Art und Weise der Durchführung des Streiks kann beim "offenen Streik" z.B. im organisierten Einsatz von Gewalt liegen, hier beim "Bummelstreik" als "getarntem Streik" liegt die Verwerflichkeit in der Vermeidung des "offenen ehrlichen Kampfes". - Eine gewisse "Verwandtschaft" zeigt der "Bummelstreik" übrigens mit den oben S.175 ff. diskutierten Fällen des "ruinösen Streiks", der zwar "offener Streik" ist, bei dem aber die Verwerflichkeit ebenfalls daraus resultiert, daß der bestreikte Arbeitgeber sich nicht zur Wehr setzen kann.

es aber - insofern überwiegend wohl keine "rein mechanischen" Verrichtungen, sondern Dienstleistungen "höherer Art" zu erbringen sind - noch schwieriger sein, dem einzelnen Beamten eine Mittäterschaft nachzuweisen. Im Einzelfall mag sich aber dennoch auch hier die Möglichkeit bieten, im Wege der dienstlichen Weisung, wenn nicht die "Bummelei" insgesamt zu unterbinden, so doch einzelnen Beamten bei fortgesetztem weisungswidrigen Verhalten eine Täterschaft nachzuweisen. [67)]

Insgesamt dürfte es aber auch hier kriminalpolitisch in besonderem Maße geboten sein, die Organisatoren von extremen "Bummelstreiks" strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Es darf hier nämlich nicht übersehen werden, daß bei einem von Beamten durchgeführten "Bummelstreik" - das gleiche gilt für den unten sogleich zu erörternden "Dienst nach Vorschrift" - nichtstaatliche Kräfte administrative Direktivgewalt übernehmen, insofern die "Gewerkschaften die Art der Amtsführung lenken und gleichsam Richtlinienkompetenz für sich in Anspruch nehmen. Das Entscheidungszentrum verlagert sich damit aus der Zone rechtsstaatlicher Verantwortung und Kontrolle in den Raum der Gesellschaft. Diese Einflußnahme der Gewerkschaften greift über ihr grundrechtliches Mandat zur Interessenvertretung und ihren legitimen Öffentlichkeitsanspruch hinaus. Sie wird zur Usurpation einer potestas directa gegenüber der demokratischen Staatlichkeit." [68)] Soweit im Einzelfall aus der Dauer und der Intensität eines "Bummelstreiks" durch Beamte sich eine derartige Einflußnahme auf das rechtsstaatliche demokratische Ordnungsgefüge abzeichnet, ist es zweifelsohne nicht ungerechtfertigt, sondern zwingend geboten, auch durch strafrechtliche Sanktionen solche "Bummelaktionen" zu unterbinden.

Andererseits wäre es sicher verfehlt, alleine wegen der Beamteneigenschaft eo ipso in jedem Falle von "Bummelstreik" strafbare Nötigung anzunehmen. Zwar ist nach immer noch h.M. den Beamten ein Streikrecht versagt. Wie aber für den "regulären" Streik bereits dargelegt [69)], kann dies nicht bedeuten, daß ein

---

67) Siehe dazu noch einmal oben S. 230 und den in Fußnote 63 zitierten Fall von Isensee.
68) Isensee, a.a.O., S. 77 ff.
69) S. 167 ff.

Streik damit in jedem Falle auch sozialethisch derart zu mißbilligen ist, daß er als Nötigung zu bestrafen wäre. Vielmehr wurde der Standpunkt vertreten, daß es hierbei entscheidend auf die konkrete Funktion ankomme, die die streikenden Beamten wahrnehmen: ob diese Funktion mehr dem eindeutig hoheitlichen Bereich (dann ist u.U. tatsächlich jeder Streik strafbare Nötigung) oder mehr dem Bereich der reinen Daseinsvorsorgeverwaltung (dann gelten im wesentlichen die Kriterien für Streiks in privaten vergleichbaren Betrieben) zuzuordnen ist. Soweit nach diesem Maßstab ein regulärer Streik nicht strafbar wäre, ist es im Regelfall auch ein kurzzeitiger "Bummelstreik" - sozusagen als "Warn-Bummelstreik" - nicht; denn von einem nennenswerten Eingriff in das rechtsstaatlich demokratische Ordnungsgefüge kann in diesem Fall wohl nicht die Rede sein, während es andererseits gerade auch zu bedenken gilt, daß den Beamten nach h.M. ein Streikrecht versagt ist und sie deshalb bei "offenem Kampf" immer auch disziplinarrechtliche Maßnahmen des Dienstherrn befürchten müssen. Man kann also bei einer "Bummelaktion" von Beamten nicht einfach den Vorwurf machen, sie scheuten die Tragung des wirtschaftlichen Risikos eines Arbeitskampfes ("Opferparität), wie dies für die Arbeitnehmer der Privatwirtschaft oder auch die Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes gilt, sondern man muß - jedenfalls bei strafrechtlicher Betrachtung - gerechterweise durchaus bedenken, daß es eben auch die Furcht vor weitergehenden spezifisch beamtenrechtlichen, insbesondere disziplinarrechtlichen Konsequenzen ist, die den eigentlichen Hintergrund bei "Bummelaktionen" durch Beamte darstellt. [70] Allerdings darf daraus keineswegs abgeleitet werden, den Beamten stünde ein Recht zum "Bummelstreik" zu, weil sie nicht "offen" streiken dürfen. Es liegt auf der Hand, daß dies eine offenkundige Umgehung des Streikverbots wäre und dies zudem in einer, wie bereits im einzelnen ausgeführt, weitaus gefährlicheren, weil "getarnten", kaum angreifbaren Form. Es sollte damit nur dargelegt sein, daß bei wirklich ganz kurzen "Bummelstreiks" von Beamten man nicht zwangsläufig zu einer Strafbarkeit gelangen muß. Gerade bei "Bummelstreiks" von Beamten wird man aber die zulässige,

---

70) Dazu oben S.204 ff.

d.h. strafrechtlich irrelevante Zeitspanne sehr kurz bemessen müssen.

Soweit nach dem oben genannten Kriterium der konkreten Funktion der streikenden Beamten (z.B. durch Polizeibeamte) ein "regulärer" Streik strafbar wäre, ist es auch ein - noch so kurzer - "Bummelstreik". Dies folgt einmal "formell" daraus, daß es sich dabei um eine Umgehung des Streikverbots handeln würde, zum anderen und vor allem hätte ein "Bummelstreik" mit Sicherheit ebenso schwerwiegende Folgen für die Allgemeinheit, wie ein regulärer Streik. Wegen seines "Tarncharakters" und seiner schwereren Angreifbarkeit dürften die Folgen sogar noch katastrophaler sein. [71] Auch noch so kurzzeitige "Bummelaktionen" können hier nicht geduldet werden, da jeder "Bummelstreik" wegen seiner schweren Kontrollierbarkeit immer die Gefahr in sich trägt auszuufern, was in diesem Bereich zur sicheren Katastrophe führen müßte. Hier muß der rigorose Satz gelten: "Principiis obsta!"

3.) Wie bereits oben [72] angedeutet, ist es für eine sinnvolle Diskussion der hier infrage stehenden atypischen Streikformen wichtig, auf eine klare Terminologie zu achten. Insbesondere ist es unerläßlich, den "Dienst nach Vorschrift" [73] sauber abzuschichten von dem bisher besprochenen "Bummelstreik". Während

---

71) Man denke nur etwa an einen Streik durch Polizeibeamte oder Strafvollzugsbeamte. Bei einer kurzen offenen Dienstniederlegung könnte der Dienstherr und vor allem auch die Allgemeinheit u.U. noch rechtzeitig Vorsorge treffen und sich gegen die durch die Dienstniederlegung drohenden Gefahren schützen. Bei einem "versteckten Schlendrian" könnte weder der Dienstherr den gesetzlichen Aufgaben durch entsprechende Vorsorge genügen, da er ja nicht weiß, wann, wo und in welchem Umfang durch mangelnde Diensterfüllung "Funktionsstörungen" in der Ausübung der Staatsgewalt auftreten werden, und ebenso kann die Allgemeinheit sich nicht darauf einrichten. Gerade bei der Allgemeinheit, d.h. der Bevölkerung, könnte dies zu einem irreparablen Vertrauensschwund in die Funktionsfähigkeit des demokratischen Staatsorganismus führen.

72) S. 210 ff.

73) Im folgenden als "DnV" abgekürzt.

dieser, wie dargelegt, eine Schlechterfüllung der Dienstpflichten darstellt, weil für den Beamten die Möglichkeit zur schnelleren, rationelleren und sachgerechteren Lösung seiner Dienstaufgaben gegeben ist und er den ihm gegebenen Handlungsfreiraum bewußt unzweckmäßig usw. ausnützt, geht es beim "echten" "DnV" darum, daß bestimmte Vorschriften an den Amtswalter einen eindeutigen Befehl aussprechen (er also keinen Handlungsfreiraum besitzt), an den er sich buchstabengetreu ("nach Vorschrift") hält - wenn auch freilich "nicht immer", sondern erst dann, wenn eine entsprechende Aktion "DnV" durchgeführt werden soll. [74]

a) "DnV" setzt also eine exakte Befolgung von Dienstvorschriften voraus, die einen eindeutigen, aber einer wechselnden Situation nicht anpassungsfähigen Inhalt haben, also eine "elastische Auslegung" nicht zulassen. [75] Mit Reuß [76] ist festzustellen, daß es "durchaus solche perfektionistische Reglements" gibt. Sehr treffende Beispiele für solche "unelastischen" Vorschriften hat Däubler [77] aus dem Bereich des Eisenbahnverkehrs berichtet:

---

74) Zu den in der Bundesrepublik Deutschland bisher "erprobten" Fällen des "DnV" siehe Isensee,a.a.O., S. 73. Es handelt sich u.a. um die oben bereits erwähnten Aktionen "Igel" und "Adler" (1962), um die Maßnahmen des Jahres 1968 im Post- und Flugsicherungsdienst. Für das Schuljahr 1970/71 drohten die Gymnasiallehrer Niedersachsens mit einem ähnlichen Verfahren. Zu dem "Fluglotsenstreik" 1973 siehe auch oben S. 85 f. Zu beachten ist aber, daß es sich bei diesen Aktionen überwiegend um "Bummelstreik" im Sinne der hier vertretenen Terminologie gehandelt haben dürfte, da "echte" Fälle von "DnV", wie sich zeigen wird, relativ selten sind. Beide Formen können aber anläßlich ein und derselben Aktion nebeneinander auftreten.

75) Diese Unterscheidung ausdrücklich auch bei Reuß, a.a.O., S. 60; Löwer, a.a.O., S. 621; Däubler, a.a.O., S. 259 ff.; Ramm, a.a.O., S. 126.

76) A.a.O., S. 60.

77) A.a.O., S. 259 ff. - Weitere Beispiele bei Däubler: "So haben etwa Fahrdienstleiter und Stellwerksdienst vorbeifahrende Züge zu beobachten und dabei ihre Aufmerksamkeit besonders auf Heißläufer, Achsbrüche, Räder mit Flachstellen, feste Bremsen und verschobene Ladungen zu konzentrieren. Die gewissenhafte Erfüllung dieser Aufgabe schließt es aus, gleichzeitig noch andere Arbeiten zu erledigen, auch wenn im Interesse eines reibungslosen Betriebsablaufs praktisch niemand nach diesem Grundsatz verfährt." - "Die vorgeschriebenen Höchstgeschwindigkeiten dürfen auch bei Zugverspätungen nicht überschritten werden. Es liegt auf der Hand, daß sie zumindest in diesem Fall ähnlich wie im Straßenverkehr nicht immer streng beachtet werden. Würde man das nämlich tun, so könnte die einmal eingetretene Verspätung häufig nicht mehr aufgeholt werden, ja wegen des Fahrens außerhalb des Fahrplans bestünde die Gefahr noch weiterer Verzögerungen."

"Beim Rangierdienst ist es verboten, unter Fahrzeugen hindurchzukriechen, über Puffer oder Zugvorrichtungen zu klettern oder zwischen den Puffern nahe aneinanderstehender Fahrzeuge aufrecht hindurchzugehen. Bei Güterzügen bleibt daher meist keine andere Möglichkeit, als die andere Seite des Zuges durch einen umständlichen Weg um Anfang oder Ende der Wagenkolonne herum zu erreichen. Verfährt man nach dieser eindeutigen, keinen Interpretationsspielraum gewährenden Vorschrift, so verzögert sich das Rangieren erheblich, was nachhaltige Wirkungen im Personen- wie im Güterverkehr zeitigt. Da dies allen Beteiligten bewußt ist, wird die Bestimmung in der Praxis häufig nicht befolgt ..." Beim "DnV" wird also typischerweise eine "Verzögerung, die sich legitimerweise auf Wortlaut und Sinn einer Norm stützen kann, erreicht, wenn die Beamten der Vorschrift im Gegensatz zur täglichen Praxis plötzlich die ihr an sich zukommende Beachtung schenken." [78]

b) Die Frage nach der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des solchermaßen sinnvoll begrenzten Phänomens "DnV" ist hier - im Gegensatz zur einhelligen Ablehnung des "Bummelstreiks" - "naturgemäß" lebhaft umstritten. Während etwa Isensee [79] kategorisch das Resümee zieht: "Der 'DnV' ist schlechthin rechtswidrig. Er könnte selbst de lege ferenda nicht als Streiksurrogat eingeführt werden, weil er gegen Verfassungsrecht verstößt." steht etwa Reuß [80] auf dem diametral entgegengesetzten Standpunkt:"Wenn Bedienstete solche Dienstvorschriften exakt, aber auch nicht übertrieben, ausführen ... handelt der Bedienstete pflichtgemäß, also nicht rechtswidrig, insbesondere nicht treuwidrig. Ein solches Verhalten ist nicht Streik, insbesondere auch kein 'politischer' Streik, auch kein 'Beamtenstreik'." Ein größerer Gegensatz in der rechtlichen Bewertung eines sozialen Phänomens ist wohl kaum vorstellbar. Es liegt deshalb auf der Hand, daß es gerade hier unerläßlich ist, sich zunächst Klarheit über die zutreffende rechtliche Beurteilung im außerstrafrechtlichen Bereich zu verschaffen, ehe an die Frage nach der strafrechtlichen Seite (Verwerflichkeitsurteil nach § 240 II) überhaupt herangetreten werden kann; denn wenn schon auf dem vergleichsweise "sicheren Boden" der außerstrafrechtlichen (v.a. verfassungs- und beamten-

---

78) Löwer, a.a.O., S. 622.
79) A.a.O., S. 79.
80) A.a.O., S. 60.

rechtlichen) Beurteilungskriterien derartige Divergenzen auftreten, wäre eine "isolierte" Diskussion der strafrechtlichen "Generalklausel" der "sozialethischen Verwerflichkeit" des infrage stehenden sozialen Verhaltens ("DnV") noch mehr als in allen bisherigen Fällen unverantwortlich und müßte zwangsläufig willkürlich und unwissenschaftlich erscheinen.

aa) Ausgangspunkt der Befürworter [81] der Zulässigkeit des "DnV" ist die zweifelsohne richtige Feststellung, daß der Amtswalter, der sich an den eindeutigen Wortlaut einer zwingenden Vorschrift hält, sicher nicht rechtswidrig handeln kann. Typisch hierfür sind Ausführungen, wie etwa bei Ramm [82]: "Wenn die Verrichtung der Arbeitsleistung in einer bestimmten Weise vorgeschrieben ist, dann handelt der betreffende Arbeitnehmer oder Beamte als einzelner pflichtgemäß, wenn er sich dementsprechend verhält. Und dieses pflichtgemäße Verhalten kann nicht dadurch pflichtwidrig werden, daß andere Arbeitnehmer oder Beamte dasselbe tun." Und Ramm fügt noch etwas polemisch hinzu: "Die kollektive Aktion legt somit nur fehlerhafte oder unsoziale Dienstordnungen oder -anweisungen offen. Ihr kann der Rechtsboden auf eine sehr einfache Weise entzogen werden: die Fehler und der unsoziale Charakter der Dienstordnungen oder -anweisungen müssen beseitigt werden." Ähnlich die Stellungnahme bei Hoffmann [83], der insbesondere betont, daß den Amtswalter über die sorgfältige Erfüllung der Vor-

---

81) Für die Zulässigkeit des "DnV" sind vor allem eingetreten: Hoffmann, AöR 91, 146 m. Fußnote 21; Ramm, a.a.O., S. 126; Däubler, a.a.O., S. 258 ff.; Reuß, a.a.O., S. 60; Hanau, JuS 71, 123; Bei Wolff scheint ein Wandel der Ansicht eingetreten zu sein: während Wolff, Verwaltungsrecht II, 3. Aufl., S. 458, unter ausdrücklichem Hinweis auf Reuß, a.a.O., noch vom "zulässigen 'DnV' anstelle eines Streiks" spricht, meinen Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht II, 4. Aufl., S. 532, terminologisch allerdings unklar, "Dienstpflichtwidrig ist auch ein 'DnV' genannter, vorschriftswidriger Bummelstreik". Da Wolff-Bachof sich aber nunmehr auf Isensee, JZ 71, 73 ff., berufen, der ein entschiedener Verfechter der Unzulässigkeit (auch) des "DnV" (im eigentlichen und engeren Sinne) ist (vgl. Fußnote 79) muß wohl ein Meinungswandel angenommen werden.

82) A.a.O., S. 126 und Fußnote 25.

83) A.a.O., S. 146.

schriften hinaus keine weiteren Verpflichtungen treffen: "Für das 'Arbeiten nach Vorschrift' ist das Wesen der Dienstvorschriften erheblich: Diese sind erforderlich, um in der hierarchischen Gliederung überhaupt eine Ordnung zu gewährleisten. Indem jene die Pflichten der Beamten konkretisieren, grenzen sie zugleich den Verantwortungsbereich der Beamten und den Umfang ihrer Pflichten ab, so daß die Beamten an die Dienstvorschriften gebunden sind und in dem geregelten Bereich über diese hinaus keine weiteren Pflichten haben. Zwar können die modernen Behördenapparate reibungslos nur dann funktionieren, wenn die Beamten selber (in gewissem Umfang) ihre Zusammenarbeit situationsadäquat organisieren. Aber diese 'informelle' Koordination kann von den zwangsläufig starren Dienstvorschriften nicht erfaßt werden ... Daher ist nach dem positiven Recht das gerade geforderte 'Arbeiten nach Vorschrift' (zumindestens) ein erlaubtes Verhalten." Auf die kürzeste Formel gebracht lautet das Argument also: wenn es zu Verzögerungen und Schwierigkeiten bei der Durchführung der dienstlichen Aufgaben streng nach den bestehenden Vorschriften kommt, so liegt das nicht an den Beamten, die sich pflichtgemäß verhalten,sondern an den Vorschriften selbst, die unzweckmäßig, unpraktikabel, unsozial usw. sind. Die Beamten decken mit ihrem Verhalten nur diese Mängel auf, die nicht durch Maßregelung der Beamten, sondern nur durch Änderung der zweckwidrigen usw. Vorschriften zu beheben sind. Dieser Gedankengang ist sicherlich in sich schlüssig, ja man müßte - gerade unter dem Gesichtspunkt der Haftung noch wichtiger - umgekehrt formulieren, daß es wohl nicht angeht, daß sich der Staat (oder allgemeiner der Dienstherr) mit derartigen "überzogenen" Vorschriften ein "politisches Alibi für eine erschöpfende Regelung schafft, aber darauf vertraut, die Bediensteten würden sich über praktisch unvollziehbare Vorschriften im Interesse eines glatten Verwaltungsablaufs hinwegsetzen, dann aber, wenn es wegen der elastischen weitherzigen Handhabung zu (politischen, rechtlichen oder wirtschaftlichen) Schwierigkeiten kommt, die Schuld auf den Bediensteten wegen Nichtbefolgung der Dienstvorschriften abwälzen und ihn womöglich noch zur Rechenschaft ziehen könnte." [84]

---

84) Reuß, a.a.O., S. 60.

Das Problem spitzt sich damit auf die Frage zu, inwieweit ein Beamter verpflichtet ist bzw. ihm zugemutet werden kann, sich im Interesse eines reibungslosen Funktionierens seiner Behörde über bestehende Pflichten hinwegzusetzen. Däubler [85] hat zu Recht zunächst die Frage nach der Gültigkeit von Vorschriften gestellt, deren konsequente Befolgung schwere Störungen in dem geregelten Bereich hervorruft. Däubler unterscheidet dabei im Anschluß an Helfer [86] und dessen Terminologie drei Fallgruppen als Ursachen der mangelnden Realisierbarkeit von Vorschriften:

Die erste Gruppe ist durch "partielle Normfinsternis", d.h. inhaltliche Unklarheit der Norm, gekennzeichnet. Sie spiele hier keine große Rolle, da sich in der Praxis meist eine bestimmte Auslegung durchsetze, von der abzuweichen dem einzelnen nicht gestattet sei.

Die zweite, als "sukzessive Normentwertung" bezeichnete Gruppe erfaßt die Fälle, in denen die Norm ganz oder teilweise obsolet wird, weil sich die ihre Funktion bedingenden sozialen Gegebenheiten gewandelt haben. Typischer Fall sei die durch den technischen Fortschritt gegenstandslos gewordene Sicherheitsvorschrift.

Bei der dritten, als "abundante Normzuteilung" bezeichnete Gruppe schließlich versucht der Normgeber, die vermutete Schlechterfüllung durch Überdosierung zu kompensieren, das Unmögliche zu fordern, um das Mögliche zu erreichen. Normen dieser Art finden sich nach Däubler im hier interessierenden Bereich am häufigsten.

Däubler bejaht mit Recht die Gültigkeit der jeweils betroffenen Normen in allen drei Fallgruppen. Allenfalls in der 2. Fallgruppe könne u.U. ein automatisches Außerkrafttreten bei völliger Obsoleszenz angenommen werden, was jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit nur für absolute Ausnahmefälle in Betracht kommen könne. Hinsichtlich der 3. Fallgruppe hebt Däubler richtig ausdrücklich hervor, daß ein Normbefehl nicht deshalb als unwirksam angesehen werden könne, weil sein Urheber (d.h. der Normgeber)

---

85) A.a.O., S. 260.
86) Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 1965, 98 ff.

selbst nicht an seine Verwirklichung glaubte. [87] [88]

Kann der Beamte verpflichtet sein, etwa aufgrund seiner "Treupflicht", sich über die solchermaßen zwar zweckwidrigen, aber dennoch rechtswirksamen Vorschriften im Interesse eines reibungslosen Verwaltungsablaufes hinwegzusetzen ? Freilich gebietet die Treupflicht dem Beamten, alles zu tun, was zur Wahrung der Belange des Dienstherrn erforderlich und geboten ist, aber es ist doch anerkannt, daß der Beamte grundsätzlich nur soweit verpflichtet ist, als er nicht gleichzeitig wichtige eigene Belange aufs Spiel setzen muß. [89] Und in der Tat wird man es als für den einzelnen Beamten unzumutbar ansehen müssen, von bestehenden eindeutigen Vorschriften abzuweichen, da ja der einzelne Beamte und niemand sonst das zivil- und strafrechtliche Risiko bei jeder Regelverletzung trägt. "Erfahrungsgemäß ist bei einem Umfall der Dienstherr der erste, der auf die Nichteinhaltung der Vorschriften hinweist." [90] Hinzu kommt, daß der Beamte, der sich - wie im

---

87) Däubler, a.a.O., S. 261: "So ist ein Verkehrsschild, das die zulässige Höchstgeschwindigkeit an einem Bahnübergang auf 20 km/h beschränkt, auch dann nicht rechtswidrig oder gar ungültig, wenn die zuständige Verwaltungsbehörde zu Recht davon ausging, kein Kraftfahrer werde langsamer als mit 40 km/h fahren."

88) Demgegenüber führt Zöllner, a.a.O., S. 434, Fußnote 29 aus: "Durch laufende kollektive Nichtbeachtung der Vorschriften werden diese, wenn keine Abmachung durch den Arbeitgeber erfolgt, obsolet." Diese Behauptung ohne nähere Begründung dürfte nicht richtig sein. Zu beachten ist freilich, daß Zöllner bei seiner Untersuchung vom Arbeitskampfrecht ausgeht, also mehr arbeits-, weniger beamtenrechtliche Probleme im Auge hat. Mag seine Behauptung daher im Bereich des Arbeits- und Arbeitsvertragsrechts (Dienst- oder Arbeitsanweisungen im Privatbetrieb als generelle Ausübung des Direktionsrechts) richtig sein, so dürfte dies für Dienstanweisungen oder gar Gesetze im staatlichen Bereich jedenfalls nicht zutreffend sein, ohne daß dies hier näher ausgeführt werden kann. Däubler, a.a.O., S. 261, Fußnote 7a), wendet dagegen auch mit Recht ein, daß der "Dienstherr im 'Ernstfall' ohne Bedenken auf die Vorschriften zurückgreift" und meist keineswegs von dauernder, sondern nur von mehr oder weniger häufiger Nichtbeachtung der Dienstvorschriften die Rede sein könne. Ferner gebiete die Rechtssicherheit, Ungültigkeit der Norm nur in Fällen evidenter Obsoleszenz anzunehmen.

89) Vgl. dazu im einzelnen Däubler, a.a.O., S. 114 ff.

90) Däubler, a.a.O., S. 261.

Regelfall - über eine bestehende, ihm bekannte Vorschrift bewußt hinwegsetzt, vorsätzlich handelt, er also bei einem aufgrund seiner "Pflichtverletzung" eintretenden Schaden wegen einer mit bedingtem Vorsatz begangenen Tat strafbar wäre. Eine Verpflichtung des Beamten zu solchem Verhalten wäre nach Däubler [91] "sittenwidrig". [92]

Nach alledem liegt es nahe, daß die Vertreter der Zulässigkeit des "DnV" gewissermaßen den "Spieß umkehren". Däubler [93] etwa faßt das Ergebnis nachgerade so zusammen: "Wenn die Beamten in der Regel auf eigenes Risiko von den für sie geltenden Normen abweichen, so tun sie im Grunde mehr als das Geschuldete, sie übernehmen aus Fairness im Interesse der Sache zusätzliche Risiken. Es ist ihnen unbenommen, einem in ihren Augen unfairen und illoyalen Dienstherrn dieses Entgegenkommen zu verweigern. Beruft er sich in formal untadeliger Weise auf das Besoldungsgesetz, so können sie sich in ebenso unangreifbarer Manier auf die Erfüllung des tatsächlich Geschuldeten beschränken."

bb) Dieses nur allzu folgerichtige Ergebnis hat Isensee [94] nun dadurch infragezustellen versucht, daß er die Wahrung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung und deren Effizienz als Teil der

---

91) A.a.O., S. 261 f. - Im Anschluß an das oben in Fußnote 87) erwähnte Beispiel aus dem Straßenverkehrsrecht sieht Däubler, a.a.O., S. 262, seine Auffassung bestätigt: "Fährt eine Reihe von Kraftfahrern an einem Bahnübergang entgegen dem Üblichen nur mit 20 km/h und wird dadurch der Verkehr behindert, so wird niemand daran denken, sie gemäß § 1 StVO zur Rechenschaft zu ziehen. Ihr 'Fahren nach Vorschrift' wäre auch dann erlaubt, wenn sie damit gegen die ihrer Ansicht nach unsinnige Beschilderung protestieren oder für eine Herabsetzung des Benzinpreises demonstrieren würden."

92) Auch Hoffmann, a.a.O.,stellt vor allem auf den Haftungsgesichtspunkt ab: "Da diese (die Dienstvorschriften, Anm. d. Verf.) für die Haftung des Beamten maßgeblich sind, können allein sie den rechtlichen Maßstab für den Umfang der Beamtenpflichten bilden und ist es den Beamten rechtlich nicht erlaubt, die Dienstvorschriften nicht zu befolgen."

93) Es ist in diesem Zusammenhang nicht uninteressant, daß Däubler seine Arbeit aufgrund eines Forschungsauftrages des ÖTV-Hauptvorstandes geschrieben hat. Vgl. dessen Vorwort.

94) A.a.O.

Dienstpflicht des Beamten auffaßt. "Dem Rechtsbetrachter", so Isensee,[95] zeigt sich im "DnV" ein Paradoxon: Die reguläre Wirksamkeit der Verwaltung - so scheint es - wird nur durch illegale Maßnahmen,durch Ungehorsam der Organwalter aufrechterhalten. Folgerichtige Legalität bewirkt Ineffizienz. Eine Demonstration normgemäßer Verwaltung eignet sich zum Druckmittel auf den Normgeber: dieser muß durch finanzielle Zugeständnisse dem Beamten die Bereitschaft abkaufen, zur vorschriftswidrigen, aber funktionsgerechten Arbeitsweise zurückzukehren. Die rechtsstaatliche Verwaltung läßt sich kaum beißender verhöhnen als in diesem Gegeneinander-Ausspielen von Verwaltungsrecht und Verwaltungsvernunft..." Ein Ansatzpunkt zur Kritik lasse sich aus dem heutigen Verwaltungsrecht schwerlich gewinnen, da dieses im wesentlichen Verwaltungsgerichtsrecht sei, d.h. immer nur "punktuellen Rechtsschutz" biete, indem es nur den abgegrenzten Einzelakt betrachte. Diese Rechtmäßigkeit der einzelnen isolierten Amtshandlung wolle der "DnV" auch gar nicht antasten; das Störmanöver richte sich vielmehr auf die Verwaltung als Wirkungseinheit. Damit zeige sich Verwaltung aber "nicht als Summe atomisierter Maßnahmen, sondern als tätige Verwirklichung der Staatszwecke, als schöpferischer Prozeß, als integrierter Funktionszusammenhang." [95] Daraus leitet Isensee folgerichtig ab, daß die Funktionsfähigkeit der Verwaltung selbst rechtlich geboten und rechtlich geschützt sei. Im Gegensatz zum Richterspruch, der sich im Erkenntnisakt dessen, was Rechtens ist, erschöpfe, gehe die Verwaltung auf einen realen Effekt aus, auf Gestaltung der Wirklichkeit, es werde bei der Verwaltung nicht nur abstrakte Richtigkeit im geistigen Sein des Rechts gefordert, sondern auch ein konkreter Erfolg in Raum und Zeit, die tatsächliche Durchsetzung des normativen Programms. Damit gelangt Isensee zu seiner weiteren These, daß die Verwaltung unter dem Rechtsgebot der Effizienz stehe. Dieses Effizienzprinzip sei zwar kein "tatbestandlich geschlossener, subsumtionsfertiger Rechtssatz" [96], es habe aber normative Kraft insoweit, als es verboten ist, dem

---

95) A.a.O., S. 74.
96) Isensee, a.a.O., S. 75.

Gegenprinzip zu folgen, also einen Dienst zu betreiben, der auf Ineffizienz angelegt ist. Vor allem sei es dem einzelnen Beamten, der ja nur ein Funktionsglied in der hierarchisch aufgebauten Verwaltungsgesamtheit sei, verboten, aus der durch die bisherige ("effiziente") Verwaltungsübung festgelegten Routine eigenmächtig auszubrechen. Die bisherige Verwaltungsübung biete vielmehr das verbindliche Richtmaß des Handelns für den einzelnen Organwalter. Neben dieser Konkretisierungsfunktion für den einzelnen Beamten bestimme die Verwaltungsübung aber auch und vor allem im Außenverhältnis zum Bürger den "effektiven Leistungsstandard der Verwaltung" und genieße insoweit auch Vertrauensschutz ("Vertrauen in die Konstanz der Verwaltungspraxis"; "Selbstbindung der Verwaltung").

So sehr die Überlegungen Isensees von völlig zutreffenden "rechtssoziologischen" Beobachtungen ausgehen und so sehr richtig auch die Prinzipien von der Funktionsfähigkeit und Effizienz der Verwaltung das Wesen einer leistungsfähigen Verwaltung erfassen mögen, so sehr problematisch ist es jedoch sicherlich, mit diesen Prinzipien eindeutige zwingende Vorschriften außer Kraft setzen zu wollen. Das Effizienzprinzip hat eine eminent wichtige Bedeutung in dem weiten Feld der durch Handlungsfreiräume ("Ermessensspielraum") gekennzeichneten Verwaltung. Aus diesem Grunde wurde oben bei Erörterung des "Bummelstreiks" auf diesen Gesichtspunkt entscheidender Wert gelegt: der Beamte hat unter mehreren möglichen und rechtlich zulässigen Wegen stets den zu wählen, der das von der jeweiligen Norm erstrebte Ziel am besten und zuverlässigsten (am "effizientesten") zu erreichen gestattet. Soweit es jedoch um eindeutige Befehle von Normen geht, kann das Effizienzprinzip keinesfalls bestehende Normen derogieren; dies hieße das Gebot der Rechtsstaatlichkeit bedenklich aufweichen, wenn nicht gar opfern. [97] Ist es vielfach überhaupt zweifelhaft, ob im Einzelfall ein Vertrauen der öffent-

---

97) Um an die obengenannten Beispiele anzuknüpfen: wenn beim Rangierdienst die Bediensteten entgegen der bisherigen Übung, aber entsprechend der bestehenden zwingenden Sicherheitsvorschrift den "Umweg" um die Wagenkolonne herum machen, entsteht dadurch kein Unrecht. Dasselbe gilt, wenn Lokführern eine bestimmte Höchstgeschwindigkeit auf der Strecke vorgeschrieben ist, diese aber immer überschritten wird, wenn der Zug Verspätung hat, und nun im Einzelfall der Lokführer sich doch an die zwingende Höchstgeschwindigkeitsregelung hält.

lichkeit in tatsächlicher Hinsicht besteht [98], so steht jedenfalls fest, daß es keinesfalls ein Vertrauen in eine eindeutig rechtswidrige Praxis geben kann. Auch hier gilt, daß das Prinzip der "Selbstbindung" der Verwaltung ausschließlich im Bereich der "Ermessensverwaltung" Anwendung finden kann. Nur hier kann ein rechtlich geschütztes Vertrauen der Allgemeinheit dahingehend vorliegen, daß die Verwaltung von mehreren an sich möglichen Rechtsfolgen bei gleichen Voraussetzungen stets immer nur die bislang schon über einen längeren Zeitraum jeweils gewählte gleiche Rechtsfolge wählen wird. Das von der Rechtsprechung und Lehre im Verwaltungsrecht entwickelte Prinzip von der "Selbstbindung" der Verwaltung beruht daher vor allem auf dem Gleichheitssatz des Art. 3 I GG [99]. Es ist aber darüberhinaus ein fundamentaler Satz, daß es Gleichheit immer nur im Recht, niemals aber im Unrecht geben kann. [100] Selbst wenn daher in allen bisherigen Fällen eine eindeutige zwingende Vorschrift in der Praxis ignoriert worden ist und selbst wenn ein tatsächliches Vertrauen der Allgemeinheit entstanden wäre, daß auch künftighin alle gleichgelagerten Fälle unter Ignorierung dieser zwingenden Vorschrift behandelt werden, so könnte damit niemals ein dahingehender rechtlicher Vertrauensschutz begründet werden; denn das

---

98) Das Publikum kennt die Verwaltungspraxis meist gar nicht und will sich auch nicht darum kümmern. So dürfte es dem gewöhnlichen Eisenbahnbenutzer ziemlich gleichgültig sein, ob und wie die Sicherheitsvorschriften beim Rangieren (vgl. das Beispiel auf S.237) eingehalten werden, ob die zulässige Höchstgeschwindigkeit eingehalten wird usw. Das "Vertrauen" der Öffentlichkeit geht in diesen Fällen doch nur dahin, daß die Verwaltung als solche "funktioniert", d.h. insbesondere der einzelne Beamte sich nach besten Kräften um die Erledigung seiner Aufgaben bemüht, also z.B. daß der Zug rechtzeitig zusammengestellt wird, möglichst keine Verspätungen eintreten bzw. solche möglichst "aufgeholt" werden usf.

99) Zur Selbstbindung der Verwaltung vgl. etwa Schmidt-Bleibtreu/Klein, Rdn. 32 zu Art. 3.

100) Vgl. dazu etwa Schmidt-Bleibtreu/Klein, Rdn. 33 zu Art. 3.

hieße eben, sich gerade auf eine Gleichheit im Unrecht zu berufen. Damit ist aber im Ergebnis festzustellen, daß das von Isensee postulierte "Prinzip der Effizienz" der Verwaltung gerade in dem hier vom "Bummelstreik" streng abgeschichteten Bereich des "DnV" keine Wirkung in dem Sinne zu entfalten vermag, daß der einzelne Amtswalter in Verfolg dieses Prinzips von eindeutigen zwingenden Vorschriften abgehen dürfte oder gar müßte.

Auch der Einwand von Isensee [101], der oben beim "Bummelstreik" ein wichtiges Argument für dessen Rechtswidrigkeit war, nämlich daß beim "DnV" nicht-staatliche Kräfte administrative Direktivgewalt übernähmen, insofern die "Gewerkschaften die Art der Amtsführung lenken und gleichsam Richtlinienkompetenz für sich in Anspruch nehmen", auch dieses Argument von der "Usurpation einer potestas directa gegenüber der demokratischen Staatlichkeit" durch die Gewerkschaften trifft nur beim "Bummelstreik" den Kern der Sache [102]. Wenn Vorschriften eindeutige, zwingende Befehle aussprechen und die einzelnen Amtswalter sich an diese Anweisungen getreulich halten, kann darin schwerlich eine Machtusurpation durch die Arbeitnehmer liegen; denn der Normbefehl gilt kraft der ihm durch den Normgeber beigelegten verpflichtenden Macht, unabhängig davon, ob der Normbefehl beachtet oder ignoriert wird bzw. zu seiner Beachtung oder Mißachtung aufgefordert wird oder nicht. Die Aufforderung zur Beachtung zwingender Normen bzw. deren Beachtung selbst kann somit im Rechtsstaat immer nur erwünscht sein und niemals gleichzeitig "per se" rechtswidrig sein. Dieses hier vertretene Ergebnis ist nicht nur aus rechtlich-dogmatischen Erwägungen heraus zwingend geboten, es entspricht auch alleine den praktischen Bedürfnissen. Denn sonst käme man im Ergebnis tatsächlich dazu, daß dem einzelnen Beamten eine langwährende vorschriftswidrige, aber "effiziente" Verwaltungspraxis nicht honoriert wird, der Dienstherr aber der erste wäre, der bei Pannen auf die bislang ignorierte Vorschrift verweist, so daß den einzelnen Beamten plötzlich die volle beamten-, zivil- und auch strafrechtliche Verantwortung träfe. Dem einzelnen Beamten kann also alleine daraus, daß er bei zwingenden Vor-

---

101) A.a.O., S. 77.
102) Vgl. dazu noch einmal oben S. 214 ff.

. schriften von einer bisherigen Verwaltungsübung abgeht, in keinem Falle ein Vorwurf gemacht werden. Es muß dem Beamten jederzeit freistehen, zu seiner eigenen haftungsmäigen Absicherung den "Weg des strengen Rechts" zu gehen und es bedarf dazu weiter auch keiner besonderen "Rechtfertigung"; denn die "Rechtfertigung" für das geänderte "gesetzestreue" Verhalten trägt die zwingende Norm in sich selbst.

cc) Und dennoch kann auch der "DnV" rechtswidrig sein, ja er ist es in seiner arbeitskampfrechtlichen Zielsetzung [103] sogar in der Regel! Diese Behauptung mag verwundern, nachdem wir ja eben ausgeführt haben, daß die Befolgung einer zwingenden Norm per se niemals rechtswidrig sein kann. Die Lösung bringt indessen auch hier eine Betrachtung der Mittel-Zweck-Relation, wie wir sie bei der Relationsformel des § 240 II zur Bestimmung der Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmäßigen Nötigung bereits ausführlich in ähnlicher Weise kennengelernt haben. [104] Weder der "DnV" als solcher, noch das von den Beamten erstrebte Ziel nach Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Situation ist für sich betrachtet zu beanstanden oder gar rechtswidrig. Der Einsatz dieses

---

103) Nur im Zusammenhang mit wirtschaftlichen Forderungen der Beamten, die "DnV" tun, ist der Begriff ja überhaupt entstanden und wird er üblicherweise auch nur verwendet.

104) Dazu oben S. 118 ff.-Vgl. auch die ebenfalls auf einer Mittel-Zweck-Relation beruhende "Sittenwidrigkeitsformel" des § 826 BGB, oben S. 137.

Mittels zur Erreichung dieses Zweckes aber ist sehr wohl rechtswidrig [105]. Denn das, was mit dem "DnV" bezweckt werden soll, heißt doch im "Klartext": "Wenn und solange du, Dienstherr, nicht unseren wirtschaftlichen Forderungen nachgibst, werden wir uns genau an die bestehenden zwingenden Normen halten!" und implizite ist damit auch gesagt: "Sobald wir unser Kampfziel erreicht haben, werden wir die Norm wieder wie früher mißachten!" [106] [107]

---

105) Im Ergebnis ebenso Löwer, a.a.O., S. 624; Zöllner, a.a.O., S. 434, Fußnote 29). - Soweit nicht der "DnV" undifferenziert als "Bummelstreik" ohnehin für rechtswidrig gehalten wird, sind Vertreter der Rechtswidrigkeit des "DnV" im hier vertretenen engeren Sinne ferner vor allem Isensee, a.a.O.; v.Münch, BK GG Art. 9 Rdn. 193, der auf Schick, ZBR 63, 72, ausdrücklich Bezug nimmt, sowie der zitierte Schick, ZBR 63, 72. - Zur Begründung Isensees, die großenteils nicht haltbar sein dürfte, siehe die Ausführungen im Text. v.Münch und Schick stellen ohne genauere Begründung im wesentlichen nur darauf ab, daß der "DnV" als "Streikersatz" bei Beamten unzulässig sei. - Ferner wohl ablehnend nun auch Wolff-Bachof, vgl. Fußnote 81). - Im Sinne der hier gemachten Ausführungen argumentieren wohl auch Hueck-Nipperdey, II/2, S. 983: "Die Berufung auf Dienstvorschriften, um das Funktionieren des Verwaltungsapparates zu beeinträchtigen, bedeutet in Wahrheit, diese in funktions- und sinnwidriger und damit in rechtsmißbräuchlicher Weise zu handhaben. Bei Durchgriff durch den Schleier der Arbeit 'nach Vorschrift' erweist sich diese somit als verschleierter, getarnter Kampf, der amtswidrig ist." Allerdings läßt sich bei Hueck-Nipperdey nicht zweifelsfrei entnehmen, ob sie den "Bummelstreik" und den "DnV" so streng trennen, wie dies hier getan wurde.

106) In dieser Richtung auch Isensee, a.a.O., S. 77, der aber wie bei den vorigen Argumenten ausgeführt (Effizienzprinzip; Usurpation einer potestas directa durch die Gewerkschaften) m.E. nicht deutlich genug herausstellt, daß das Befolgen der zwingenden Norm als solches rechtmäßig ist. "Es (das Recht, Anm. d. Verf.) läßt nur amtliche Motive und Maßstäbe zu. Deshalb scheiden alle privaten und persönlichen Impulse für amtliches Handeln aus. Überdies sind alle Motivationen aus der dienstlichen Stellung unzulässig. Das Dienstverhältnis des Beamten ist auf die Notwendigkeiten des Amts zugeschnitten, als Mittel zum Zweck. Die Mittel-Zweck-Beziehung darf nicht verkehrt und die Amtsführung nicht auf die Bedürfnisse des Diestverhältnisses abgestellt werden, mögen diese Bedürfnisse noch so gerechtfertigt sein. Eine solche Verkehrung von Amt und Dienst wird im "DnV" zum System erhoben: Die Amtsführung wird parteiisch - der Amtswalter tritt als eigene Interessenpartei auf. Die Verwaltung des Amtes dient entgegen der Pflicht zur Uneigennützigkeit dem dienstlichen Eigennutz. Sie wird korrumpiert ..."

107) Diese zweite implizite Aussage verkennt Hanau, JuS 71, 123, wenn er meint:" M.E. liegt es aber anders, wenn staatliche Behörden das Recht fortgesetzt brechen, anstatt es zu hüten. Das verstößt so sehr gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden,daß die Rückkehr zum Recht auch dann er-

Die Motivation für den "DnV" ist also nicht das Streben nach "Gesetzestreue", sondern der Versuch, den Dienstherrn zu höheren Leistungen zu nötigen. Isensee [108] hat mit Recht darauf hingewiesen, daß die Amtsführung damit als parteiisch erscheint, indem der einzelne Amtswalter entgegen der Pflicht zur Uneigennützigkeit dem dienstlichen Eigennutz dient, der Amtswalter also offenkundig als eigene Interessenpartei auftritt. Damit aber wird zwangsläufig das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der Amtsführung erschüttert, da ihre "Manipulierbarkeit für 'Klasseninteressen' ihrer berufenen Interpreten nachdrücklich demonstriert wird". In der Tat muß bei der Allgemeinheit der für den Rechtsstaat tödliche Eindruck entstehen, daß funktionsgerechtes Verhalten seiner Amtswalter nur für den von diesen geforderten "Preis" zu haben sei. Die geschilderte Mittel-Zweck-Verknüpfung, wie sie für den "DnV" typisch ist, stellt damit von ihrer Idee her das Funktionieren des Rechtsstaats als von der Erfüllung der finanziell-wirtschaftlichen Forderungen ihrer Amtswalter abhängig dar. Es wäre schwer verständlich, wenn in ähnlichem Zusammenhang [108] das Versprechenlassen oder Annehmen von wirtschaftlichen Vor-

---

wünscht sein muß, wenn sie nur um finanzieller Interessen wegen erfolgt." - Der "DnV" wird gerade nur als "zeitweiliges Übel" (Nötigungsmittel) eingesetzt, nicht aber geht es darum, wie Hanau meint, daß der Dienstherr sich die "Rückkehr zum Recht" erkaufen muß. Überspitzt formuliert stellt ja gerade diese "Rückkehr zum Recht" das - weder vom Dienstherrn, noch von der Allgemeinheit gewünschte - "Übel" dar, mit dem die Beamten Druck ausüben wollen und können!

108) Vgl. § 331 I StGB: "Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der einen Vorteil als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft". Nach h.M., insbesondere nach der Neufassung der Tatbestände, ist Rechtsgut der §§ 331 - 335 a StGB die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und das Vertrauen der Allgemeinheit in diese Lauterkeit, vgl. Dreher-Tröndle, Anm. 3 zu § 331 m.w.Nachw.

teilen durch Beamte für die Vornahme selbst rechtmäßiger Amtshandlungen als "Vorteilsannahme" strafbar ist und eine derartige vergleichbare kollektive Aktion von der Rechtsordnung geduldet würde. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß der "DnV" grundsätzlich amtswidrig, d.h. rechtswidrig ist.

Ausnahmen sind vor allem da zu machen, wo es den Beamten mit dem "DnV" nicht um Verbesserung ihrer persönlichen wirtschaftlichen Verhältnisse geht, sondern darum, mit der Aktion die Undurchführbarkeit von Vorschriften "ab oculos zu demonstrieren"[109] oder auch auf unerträgliche Mißstände innerhalb der Verwaltung hinzuweisen, v.a. wenn dadurch eine Gefährdung des Gemeinwohls zu befürchten ist.[110] In diesen Fällen ist ja die oben geschilderte unzulässige Mittel-Zweck-Relation nicht gegeben. Soweit man dies nicht ohnehin schon aus Dienstvorschriften oder dem allgemeinen Beamtenrecht ableitet, wird man aber auch hier zumindestens aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgern müssen, daß die Beamten vorher erfolglos versucht haben müssen, auf dem "Dienstwege" eine Änderung der beanstandeten Vorschriften herbeizuführen, ehe sie mit ihrer Aktion an die Öffentlichkeit treten. Zwar ist das Befolgen der zwingenden Vorschrift per se, wie ausgeführt, immer rechtmäßig und es geht den Beamten in diesem Fall auch nicht um Verbesserung der persönlichen Verhältnisse; es darf aber meines Erachtens nicht übersehen werden, daß es sich auch bei diesem "Demonstrations-DnV" um eine kollektive Aktion handelt, die als Ziel nicht einfach "künftige Gesetzestreue" hat, sondern durchaus auch einen Zwang - nämlich zur Änderung der Vorschrift oder bestimmter Verhältnisse - auf den Dienstherrn ausüben soll, also Nötigungscharakter hat.[111]

c) aa) Auch hier haben wir aber letztlich die schwierige Frage zu entscheiden, ob aus der "Amtswidrigkeit" des "DnV" zugleich auch dessen Rechtswidrigkeit im Sinne der strafrechtlichen Nötigung folgt. Auch beim "DnV" ergibt sich die "Amtswidrigkeit" aus

---

109) Reuß, S. 60.

110) So auch Löwer, S. 624, mit folgendem Beispiel : "Das wäre z. B. der Fall, wenn die Fluglotsen DnV machten, um darauf aufmerksam zu machen, daß die Ordnung im Luftraum nicht mehr aufrechterhalten werden könnte, wenn alle Sicherheitsvorschriften eingehalten würden." - Ferner Reuß, S. 60; Zöllner, S. 434 Fußnote 29.

111) In dieser Richtung wohl auch Reuß, S. 60.

der Betrachtung einer Mittel-Zweck-Relation, wie wir sie in ähnlicher Form schon bei der "Sittenwidrigkeitsformel" des § 826 BGB kennengelernt haben, und wie sie vor allem ja bei § 240 II StGB eine entscheidende Rolle spielt. Ganz ähnlich, wie wir aber oben feststellen mußten,[112] daß nicht einmal eklatante Fälle von zivilrechtlicher Sittenwidrigkeit zwingend zu einem strafrechtlichen Verwerflichkeitsurteil führen, so gilt das gleiche auch hier im Verhältnis der "Amtswidrigkeitsformel" beim "DnV" zur"Rechtswidrigkeitsformel" des § 240 II StGB.

Freilich kann der bereits angedeutete Vergleich des "DnV" mit der strafbaren "Vorteilsannahme", § 331 StGB, durchaus einen nicht zu übersehenden Hinweis darauf geben, in welch "gefährlicher Nähe" zu festumrissenen Tatbeständen die Beamten mit dem "DnV" sich bewegen. Rechtsgut der §§ 331 ff. StGB ist die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und das Vertrauen der Allgemeinheit in diese Lauterkeit,[113] und auch beim "DnV" ist die Amtswidrigkeit daraus abzuleiten, daß eine unzulässige Mittel-Zweck-Verknüpfung zwischen der Ausübung des öffentlichen Amtes und den persönlichen Vorteilen des Amtswalters vorliegt, die das Vertrauen der Allgemeinheit in die Uneigennützigkeit und Lauterkeit der Amtsführung schwer erschüttern können ("Käuflichstellen der Amtsausübung"). Dennoch wäre es verfehlt, aus diesen durchaus vergleichbaren Rechtsgutsverletzungen gewissermaßen auf ein Rechtswidrigkeitsindiz bei der Bestimmung der strafrechtlichen Verwerflichkeit des "DnV" im Sinne des § 240 II StGB schließen zu wollen. Zum einen macht es wohl doch - nicht zuletzt auch in den Augen der Öffentlichkeit - einen großen Unterschied, ob ein einzelner Amtswalter seine Amtsausübung im Einzelfall nach persönlichen, ihm von Dritten gewährten Vorteilen ausrichtet (so die Fälle der §§ 331 ff. StGB) oder ob kollektiv gegenüber dem Dienstherrn als"Arbeitgeber" allgemein für alle Beamten gleiche dienstliche Verbesserungen erstrebt werden. Im ersteren Falle entsteht immer der fatale Eindruck, daß der einzelne Beamte seine Position zu seiner persönlichen Bereicherung ausnützt bzw. daß "sein Recht" nur der Bürger bekommt, der dafür auch zahlen kann. Im zweiten, hier zu erörternden Fall mag es zwar in dem oben geschil-

---

112) Vgl. etwa oben S. 173 den Fall der wahrheitswidrigen, hetzerischen Propaganda oder S. 182 die Fälle des "gemeinschädlichen Streiks, in denen der soziale Gegenspieler nicht wesentlich unter Druck gesetzt wird.

113) Vgl. Fußnote 108.

derten Sinne auch dem Ansehen des öffentlichen Dienstes abträglich sein, wenn dessen Träger ihre Machtposition zur Verbesserung ihrer persönlichen Verhältnisse mißbrauchen, indessen werden hier doch Vorteile erstrebt, die allen Beamten gleichmäßig zugute kommen sollen und zudem richtet die Forderung nach dem erstrebten Vorteil sich gegen den Dienstherrn als denjenigen, der kraft Gesetzes zur ordnungsgemäßen Alimentation und Fürsorge verpflichtet ist. Die "Sachnähe" zum arbeitsrechtlichen Arbeitskampf ist unverkennbar, und auch die Allgemeinheit dürfte hier durchaus bereit sein, Verständnis für die streikähnliche Situation des "DnV", jedenfalls in gewissen Grenzen, aufzubringen. Im übrigen weist gerade das letzte Argument darauf hin, daß das Problem des "Vertrauensschwundes" der Allgemeinheit in die Lauterkeit der Amtsausübung ja auch beim "Bummelstreik" besteht; denn für die Allgemeinheit macht es wohl wenig Unterschied, ob Verzögerungen im Dienstbetrieb durch "Bummelstreik" oder durch "DnV" auftreten, entscheidend ist für die Allgemeinheit doch in beiden Fällen, daß offenkundig die Beamten ihre Funktion im Staatsapparat gezielt zur Durchsetzung persönlicher Forderungen ausnützen.[114)]

Meines Erachtens ergibt sich daraus die Konsequenz, daß für die Beurteilung des "DnV" als streikähnlichem Phänomen strafrechtlich die gleichen Kriterien gelten müssen, wie für den "Bummelstreik". Das bedeutet, analog dem oben[115)] Ausgeführten, daß überall da, wo nach dem hier vertretenen "funktionalen Abgrenzungskriterium" auch für einen Beamten ein "regulärer" Streik als zulässig angesehen werden muß, auch ein kurzzeitiger "DnV" als milderes Mittel im Vergleich zu einem regulären Streik grundsätzlich zulässig sein muß. Jedenfalls aber ist ein derartiger kurzzeitiger "DnV" nicht "sozialethisch unerträglich" und somit strafrechtlich irrelevant. Auch hier spielt ja der Haftungsgesichtspunkt beim "offenen" Streik für den Beamten die gleiche Rolle wie beim "Bummelstreik".[116)] Anderer-

---

114) So dürfte es in den obigen Beispielen der Rangierbediensteten für das Eisenbahnpublikum auf das gleiche hinauslaufen, ob die Verzögerungen im Fahrbetrieb auf "Umwege" der Rangierbediensteten um die Wagenkolonne in Erfüllung einer zwingenden Dienstvorschrift ("DnV") zurückzuführen sind oder auf bewußtes Langsamerarbeiten beim Zusammenstellen der Wagen.

115) S. 233 ff.

116) Vgl. oben S. 234.

seits kann auch hier der "DnV" deshalb nun keineswegs generell als "Streikersatz" für Beamte anerkannt werden, vielmehr muß jeder "DnV", der von der Zeitdauer und Intensität her so angelegt ist, daß er die Funktionsfähigkeit der Verwaltung ernstlich gefährdet und zu Unruhe und Besorgnis in der Bevölkerung führt, grundsätzlich als "sozialethisch unerträglich" angesehen werden und ist damit strafbare Nötigung. Denn im Rechtsstaat kann nicht geduldet werden, daß seine Amtswalter ihre Position zu ihrem persönlichen Vorteil zum Schaden der Allgemeinheit derart ausüben, daß das Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit der Amtsausübung und damit letztlich das Vertrauen in den Rechtsstaat als Grundlage des staatlichen Gemeinschaftslebens überhaupt verloren geht. Wo immer aber von der Funktion der betreffenden Beamten her ein "offener" Streik unzulässig und strafbar wäre ("hoheitlicher Bereich"), muß dies auch für den "DnV" ausnahmslos gelten. Auch hier gilt es im Interesse einer funktionsbereiten Verwaltung in Bereichen, die keinen noch so kurzen Ausfall der Staatsgewalt erlauben, von vorneherein Situationen auszuschließen, die, wenn sie erst einmal eingetreten sind, oftmals nur mehr schwer zu steuern sind, zumal wenn der "Funktionsausfall" nicht offen zutage tritt (wie beim "offenen" Streik), sondern Dienstherr und Allgemeinheit meist gar nicht wissen, wo und wann und in welcher Weise ein derartiger Funktionsausfall zu erwarten ist und deshalb auch praktisch keine Vorsorge treffen können.[117)]

Damit scheint es überflüssig zu sein, "Bummelstreik" und "DnV" so sorgfältig voneinander abzuschichten. Beamtenrechtlich macht es natürlich einen Unterschied, ob ein Fall der Schlechterfüllung der Dienstpflichten ("Bummelstreik") vorliegt oder ob die Dienstpflichten gerade für sich gesehen untadelig erfüllt werden und erst eine Betrachtung der Mittel-Zweck-Relation zwischen zeitweiligem vorschriftsgetreuen Verhalten und den erstrebten persönlichen Vorteilen der Beamten ("DnV") zur Unzulässigkeit, d.h. Amtswidrigkeit führt. Strafrechtlich dagegen scheinen sowohl beim "Bummelstreik" als auch beim "DnV" letztlich die gleichen oben genannten Kriterien entscheidend zu sein, unabhängig von der unterschiedlichen Begründung der Amtswidrigkeit des jeweiligen "Streiktyps". Das ist freilich zunächst für sich gesehen richtig, und doch

---

117) Vgl. Fußnote 71.

besteht ein ganz wesentlicher strafrechtlicher Unterschied zwischen "Bummelstreik" und "DnV".

bb) Wir hatten beim "Bummelstreik" schon festgestellt, daß es sowohl zivilrechtlich, aber auch vor allem strafrechtlich eminent schwierig ist, die Streikbeteiligung des einzelnen Arbeitnehmers oder Beamten mit der erforderlichen Sicherheit nachzuweisen. Immerhin war es aber noch denkbar, gewissermaßen exemplarisch einzelne Beteiligte an einem "Bummelstreik" zu "entlarven", indem sie - sei es kraft Direktionsrecht des Arbeitgebers, sei es das Weisungsrecht des Dienstvorgesetzten - zu einem bestimmten dienstlichen oder sonstigen arbeitsmäßigen Verhalten angewiesen werden und im fortgesetzten Weigerungsfalle als "überführt" betrachtet werden können. Aber auch beim "Bummelstreik" war bereits darauf hinzuweisen, daß es einmal vom strafrechtlichen Nachweis her leichter, zum anderen auch kriminalpolitisch wünschenswerter ist, nicht die Strafverfolgung auf den einzelnen "Bummelstreikbeteiligten" zu konzentrieren, sondern vielmehr auf die "Hintermänner", die Organisatoren der ganzen Aktion.

Beim "DnV" ist die Lage nun so, daß dem einzelnen Beamten, der streng seine Vorschriften erfüllt, praktisch überhaupt kein strafbares Unrecht nachgewiesen werden kann. Denn alles, was objektiv an Verhalten in Erscheinung tritt, ist ja nur das minutiös pflicht- und vorschriftsgetreue Verhalten des einzelnen Beamten. Dieses aber ist per se immer rechtmäßig, eine Strafbarkeit könnte allein hieraus niemals abgeleitet werden. Während aber beim "Bummelstreik" zumindestens gewisse Formen auch objektiv im äußeren Verhalten der Streikenden jedenfalls prinzipiell nachweisbar waren,[118] liegt beim "DnV" das zweite Moment, das die Amtswidrigkeit und erst recht die strafrechtliche Rechtswidrigkeit erst begründen kann (das Erstreben eines wirtschaftlichen Vorteils), im praktisch rein Subjektiven ! Denn jeder der vielen einzelnen Beamten, die etwa beim "DnV" nun statt unter den Puffern beim Rangieren hindurchzukriechen, einen "Umweg" um die Wagenkolonne machen, werden - auf ihr

---

118) Siehe noch einmal oben S. 229 f.- So wenn die "Bummelei" durch sachlich unmotivierte "Kunstpausen" zwischen den Arbeitsverrichtungen entsteht oder wenn offensichtlich - trotz mehrfacher Belehrung - Handgriffe oder Verrichtungen unfachmännisch und damit zögerlich vorgenommen werden.

Motiv hin angesprochen - jedenfalls dem Staatsanwalt erzählen, dies geschehe, weil es eine Sicherheitsvorschrift gebe, die man nun - nicht zuletzt, um das eigene Haftungsrisiko usw. zu vermeiden - getreulich erfüllen wolle. Daß der wahre Antrieb zu dem Verhalten der Beamten die Durchsetzung persönlicher Vorteile gegenüber dem Dienstherrn ist und daß man nach der"Aktion" wieder zum alten "Schlendrian" zurückkehren will, wird schlechterdings keiner der Betroffenen offen zugeben. Und auch hier liegt die bereits beim "Bummelstreik" angesprochene typische Schwierigkeit - nunmehr freilich in Perfektion - vor, daß zwar vom Gesamtphänomen her ("DnV") völlig klar ist, worauf die "Aktion" abzielt (sonst wäre sie ja sinnlos) und man daher im Einzelfall z.B. zu dem Ergebnis gelangt, daß eine strafbare Nötigung vorliegt, es aber nicht gelingt, dem einzelnen "Beteiligten" auch die "Mittäterschaft" nachzuweisen. Kurz gesagt : beim "DnV" ist der einzelne "Mittäter" strafrechtlich praktisch nicht zu fassen ! Auch hier halte ich es aber für einen kriminalpolitisch ausreichenden und sogar wünschenswerten "Ausweg", wenn man bei der Strafverfolgung dafür umso energischer gegen die Organisatoren eines "DnV" vorgeht, der nach den vorbeschriebenen Maßstäben die Grenze der Strafbarkeit überschritten hat. Auch hier sind ja die Organisatoren, die den Ablauf der ganzen Aktion in Händen haben,[119] als Täter anzusehen, und bei ihnen ist es prinzipiell nicht schwieriger als bei einem sonstigen Kommissivdelikt nachzuweisen, daß und in welcher Weise sie die Aktion "DnV" zu dem offenkundigen Ziel der wirtschaftlichen Besserstellung der betroffenen Beamten initiiert und durchgeführt haben. Diese Organisatoren von strafbarem "DnV" trifft dann übrigens auch zu Recht der vor allem von Isensee[120] vorgetragene Vorwurf, sie maßten sich beim "DnV" administrative Direktivgewalt an und usurpierten eine potestas directa gegenüber der demokratischen Staatlichkeit.[121] Dem kann hier auch nicht entgegengehalten werden, daß die "Anweisungen" der Organisatoren "von oben" sich ja nur auf die Befolgung von streng gesetzestreuem Verhalten bezögen.

---

119) Vgl. oben S.190 f.und S.231.

120) Siehe oben S.246.

121) Bei den einzelnen Beamten, die "DnV" tun, konnte dieses Argument nicht durchgreifen, da diese, jedenfalls für sich, ja beim "DnV" nur streng ihre Pflicht erfüllen, also kann hier von einer "Machtusurpation" nicht die Rede sein.

Denn was beim "DnV" beim einzelnen Amtswalter als Maßnahme zur Abwendung drohender Haftung usw. ausgelegt werden kann, stellt sich doch aus der globalen Sicht der Organisatoren einzig und allein als gezieltes, bewußtes Ausnützen von "Schwachstellen" im System zwingender Vorschriften zur Durchsetzung von Kampfzielen dar. Wenn durch bewußte, zielgerichtete "organisierte Aktion von oben" bisher nicht beachtete Vorschriften plötzlich übergenau angewandt werden, so steht dieses Verhalten der Organisatoren der Ausübung von staatlicher Direktivgewalt in den Auswirkungen völlig gleich. Es wäre unbeachtlich, wenn die Organisatoren hier darauf verweisen wollten, daß die Norm ja nun so wie sie ist und im "DnV" angewandt wird, vom Normgeber selbst geschaffen worden sei; denn auch der Dienstherr geht ja im allgemeinen zunächst nicht von einer "Normwirklichkeit" aus, sondern von der tatsächlichen Verwaltungsübung. Es wäre "scheinheilig" von den Organisatoren, den Dienstherrn mit der "Schwachstelle" im Vorschriftengefüge zu "überfallen", nachdem bisher der Vorschrift in der täglichen Verwaltungspraxis keine Beachtung geschenkt worden war und auch der Dienstherr sich stillschweigend darauf eingestellt hat.

cc) Bleibt schließlich nur noch nachzutragen, daß auch bei einem "DnV" (sofern eine vermögenswerte Besserstellung erstrebt wird), der strafbare Nötigung geworden ist, ein "rechtswidriger Vermögensvorteil" im Sinne des § 253 StGB erstrebt wird, so daß eine derartige Aktion letztlich als Erpressung zu bestrafen ist.[122)]

III. Ergebnisse

Das wesentliche Ergebnis unserer Untersuchungen in diesem 3. Kapitel läßt sich in zwei Punkten zusammenfassen.

1.) Die "atypischen" Streikformen "Krankmeldestreik", "Bummelstreik" und "Dienst nach Vorschrift" zeichnen sich vor allem durch ihre schwere zivilrechtliche, aber auch strafrechtliche Angreifbarkeit aus. Sie sind weitaus subtiler als der "offene" Arbeitskampf, was leicht zu der Annahme verführen könnte, sie seien im Vergleich zu diesem das "mildere" Mittel.[123)] Mag dies im Ein-

---

122) Im einzelnen oben S. 197 ff.

123) Vgl. oben S.219 ff. vor allem die Auffassung Zöllners.

zelfall sogar zutreffen, so können sie jedoch sehr schnell zu weitaus gefährlicheren Waffen werden,als es der "offene" Arbeitskampf jemals sein könnte, eben weil sie mehr oder weniger gut "getarnt" sind und damit nur schwer oder überhaupt nicht strafrechtlich angreifbar sind. Beim "Krankmeldestreik" kann eine Mittäterschaft aus außerrechtlichen (medizinischen) Gründen, beim "DnV" aus rechtlichen Gründen (das Verhalten der Beamten per se ist ja rechtmäßig) praktisch nie nachgewiesen werden. Beim "Bummelstreik" ist dieser Nachweis zwar grundsätzlich möglich, wenn mehrmaligen Weisungen zuwider die Arbeits- bzw. Dienstpflichtverletzungen beharrlich fortgesetzt werden, doch ist auch hier im wesentlichen nur eine exemplarische Strafverfolgung möglich.

Die in Betracht kommenden Straftatbestände sind dabei §§ 240 und 253 StGB. Soweit § 240 erfüllt ist und durch die Streikaktion ein vermögenswerter Vorteil erstrebt wird, liegt regelmäßig auch § 253, Erpressung, vor, die die Nötigung, § 240, grundsätzlich konsumiert.[124)]

2.) In allen Fällen von "atypischen" Streikaktionen sind aber auch die "Hintermänner", die Planer und Organisatoren der jeweiligen Aktion,Mittäter im strafrechtlichen Sinne. Bei ihnen gelingt der Nachweis des konkreten Tatbeitrags in der Regel wesentlich einfacher, da es hier ja nicht auf den Einzelnachweis des pflichtwidrigen Verhaltens oder der anstößigen Mittel-Zweck-Relation zwischen der Aktion und dem erstrebten Kampfziel usw. ankommt, sondern es ausreicht nachzuweisen, daß diese Personen derartige strafbare Aktionen geplant und organisiert haben. Kriminalpolitisch dürfte es ausreichend sein, aber auch wünschenswerter, wenn sich die Strafverfolgung auf diesen Personenkreis der Organisatoren konzentriert, denen zudem der Vorwurf gemacht werden muß, sie usurpierten Weisungsgewalt gegenüber der demokratischen Staatlichkeit.

---

124) Genauer oben S. 197 f.

4. KAPITEL

DER POLITISCHE STREIK

Nachdem wir in den beiden ersten Kapiteln Untersuchungen über die verfassungs- und insbesondere strafrechtliche Beurteilung des "regulären Streiks" angestellt hatten, wandten wir uns im 3. Kapitel den "atypischen" Streikformen zu. Diese waren dadurch gekennzeichnet, daß zwar auch bei Ihnen das Kampfziel auf wirtschaftlichem Gebiet lag, also Verbesserungen der Arbeits- bzw. Dienstbedingungen (insbes. Erhöhung des Lohns oder der Dienstbezüge) erstrebt wurden, jedoch war das Kampfmittel nicht die "reguläre" Streikform der "offenen" Arbeitsniederlegung, sondern ein mehr oder weniger "getarntes" Kampfverhalten: Durch Krankmelden, langsameres bzw. "übergenaues" Arbeiten sollte ein ähnlicher Zwang auf den Arbeitgeber ausgeübt werden, wie bei einer offenen Arbeitsniederlegung. Im nunmehr abschließenden 4. Kapitel soll eine weitere "atypische" Streikform behandelt werden, deren Atypizität gerade dadurch charakterisiert ist, daß das Kampfziel nicht auf wirtschaftlichem Gebiet liegt, sondern auf "politischem", während als Kampfmittel sowohl der reguläre offene Streik, als auch die "getarnten" Kampfformen oder natürlich auch beliebige Mischformen zwischen diesen in Frage kommen: es handelt sich um den sog. "politischen Streik". Oben[1)] war bei Erörterung des verfassungsrechtlichen Streikrechts bereits von diesem "politischen Streik" die Rede gewesen und es war ausgeführt worden, daß dieser nicht an der verfassungsmäßigen Garantie des arbeitsrechtlichen Streikrechts teilhaben könne. Im folgenden soll nun zunächst nach einer kurzen Schilderung des "Phänomens" eine Definition des Begriffs "politischer Streik" gegeben werden; anschließend sind seine verfassungsrechtliche und vor allem strafrechtliche Bedeutung zu erörtern.

---

1) S. 16.

I. Das Phänomen

Das Phänomen des "politischen Streiks" wurde in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland zum ersten Mal Anfang der 50er Jahre aktuell. 1951 drohte der DGB mit einem Generalstreik in der Kohle- und Stahlindustrie, um seine Forderungen anläßlich der parlamentarischen Beratung des Mitbestimmungsgesetzes durchzusetzen. Im folgenden Jahr wurde diese Drohung dann bei Verabschiedung des Betriebsverfassungsgesetzes in die Tat umgesetzt. Vom 27.5. - 29.5.1952 streikten die Setzer und Drucker der Tageszeitungen auf Beschluß des DGB, um den Deutschen Bundestag zu einer Verabschiedung des Betriebsverfassungsgesetzes in ihrem Sinne zu veranlassen.[2] Da der der ersten Lesung des Betriebsverfassungsgesetzes zugrundeliegende Entwurf nicht den gewerkschaftlichen Vorstellungen und Forderungen entsprach und die Gewerkschaften damit rechnen mußten, daß auch bei den weiteren Ausschuß- und Plenarverhandlungen des Bundestages eine Ausgestaltung des Mitbestimmungsrechtes in dem von ihnen geforderten Umfang nicht erfolgen würde, beauftragte der Bundesvorstand des DGB in einem Beschluß vom 10.4.1952 den geschäftsführenden Vorstand, zusammen mit den Vorständen der Gewerkschaften "alle geeignet erscheinenden Maßnahmen zu treffen, um der Forderung auf Schaffung eines einheitlichen, fortschrittlichen Betriebsverfassungsgesetzes Geltung zu verschaffen". Demgemäß wurde von den Gewerkschaften ein einheitliches "Aktionsprogramm" (Schwerpunktstreiks, Warnstreiks, Demonstrationen) beschlossen. Vor dessen Durchführung schrieb am 9.5.1952 der damalige DGB-Vorsitzende Christian Fette an Bundeskanzler Adenauer u. a.: "Der DGB vermag die Verantwortung für diese Entwicklung nicht mehr zu tragen und ist daher gezwungen, seine Mitglieder zu gewerkschaftlichen Kampfmaßnahmen aufzurufen für die Schaffung eines einheitlichen und fortschrittlichen Betriebsverfassungsgesetzes, das dem gemeinsamen Wollen nach einer neuen Ordnung gerecht wird." Am 12.5.1952 erließ der DGB im ganzen Bundesgebiet sodann an alle Arbeitnehmer einen Aufruf, in dem es u. a. hieß: "Dieser Entwurf darf nicht Gesetz werden! Der DGB und die ihm angeschlossenen Gewerkschaften rufen Euch auf zum Kampf für ein fortschrittliches Betriebsver-

---

2) Zum Sachverhalt des "Zeitungsstreiks" siehe insbesondere Niese, S. 96 ff., m.w. Nachw.

fassungsgesetz als Grundlage der demokratischen Ordnung in Wirtschaft und Verwaltung... Folgt den Weisungen Eurer Gewerkschaften!" Aufgrund dieses Aufrufs kam es zu Kundgebungen und kurzen Arbeitsniederlegungen. Am 26.5.1952 gab dann die Pressestelle des DGB bekannt, daß am 28. und 29. Mai keine Tageszeitungen erscheinen würden; dieser Streik in den Zeitungsunternehmen sei von vorneherein im Aktionsplan des DGB vorgesehen gewesen. Weisungsgemäß führte die IG Druck und Papier den von vorneherein auf zwei Tage befristeten Zeitungsstreik in der Weise durch, daß alle Arbeiten am Druck der Tageszeitungen verweigert wurden, so daß diese nicht erscheinen konnten. Auf Pressekonferenzen und in der öffentlichen Diskussion wurde von führenden Gewerkschaftlern zudem immer wieder darauf hingewiesen, daß weitere Kampfmaßnahmen folgen würden und man selbst vor einem Generalstreik nicht zurückschrecken werde, der geeignet sei, das ganze wirtschaftliche und politische Geschehen in der Bundesrepublik zu gefährden. Trotz dieser Ankündigung weiterer Kampfmaßnahmen wurden diese dann jedoch durch einen Beschluß des DGB vom 4.6.1952 eingestellt.

Durch diese Vorgänge kam es zu einer heftigen Diskussion in der Öffentlichkeit und der juristischen Literatur um die verfassungs-, zivil-, aber auch strafrechtliche Beurteilung des "politischen Streiks". Im Anschluß an den Streik kam es ja zu einer großen Anzahl von Prozessen vor ordentlichen und Arbeitsgerichten, in denen die Arbeitgeber, zum größten Teil mit Erfolg[3], Schadensersatzansprüche gegen die Veranstalter des Streiks - DGB, IG Druck und Papier und deren Vorstandsmitglieder - einklagten. Die Klägerseite brachte damals drei Gutachten von Forsthoff, Hueck[4] und Nipperdey[5] bei, die Beklagten zwei Gutachten von Abendroth und Schnorr von Carolsfeld[6]. Arbeiten, wie die bereits mehrfach zitierte Monographie von Niese "Streik und Strafrecht" oder die Dissertation von Daniel "Der politische Streik, verfassungsrechtlich und strafrechtlich gesehen" entstanden unter dem Eindruck der damaligen Streikaktionen.

---

3) Vgl. Niese, a.a.O., S. 5.

4) Die politischen Streikaktionen des DGB anläßlich der parlamentarischen Beratung des Betriebsverfassungsgesetzes in ihrer verfassungs- und zivilrechtlichen Bedeutung. Zwei Rechtsgutachten von Forsthoff und Hueck. Schriftenreihe der BDA, Heft 6, Köln 1952.

5) Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante BVG geführten Zeitungsstreik vom 27. - 29.5.1952 entstanden sind. Rechtsgutachten von Nipperdey, Schriftenreihe der BDA, Heft 9, Köln 1953.

Danach kam die Auseinandersetzung um den "politischen Streik" jedoch sehr bald zum Stillstand. Der Grund lag offensichtlich darin, daß es an weiteren "aktuellen Anlässen" für eine weitere juristische Diskussion fehlte, was, für sich betrachtet, niemand bedauern kann. Erst die Beratungen der sog. Notstandsgesetze, v.a. der Notstandsverfassung[7] führten erneut zu einer heftigen Diskussion um den "politischen Streik"[8]. Der Grund hierfür lag im wesentlichen in zwei Dingen: Einmal forderten die Vertreter der sog. außerparlamentarischen Opposition ("APO") und ein Teil der Gewerkschaftsmitglieder den DGB auf, die Verabschiedung der Notstandsgesetze durch die Ausrufung des Generalstreiks zu verhindern, was jedoch diesmal vom DGB entschieden zurückgewiesen wurde; zum anderen bestand eine offenbare Verwirrung und Unsicherheit hinsichtlich der Zulässigkeit des "politischen Streiks" überhaupt. So wurde von den einen vermutet, daß durch die positive Regelung für den arbeitsrechtlichen Streik in Art. 91 IV GG - der geringfügig geändert schließlich als Art. 9 III 3 GG Eingang in das Grundgesetz fand[9] - zugleich negativ ein Verbot des "politischen Streiks" ausgesprochen sei[10], während andere wiederum gerade umgekehrt in der Kodifizierung des Widerstandsrechts in Art. 20 IV GG eine verfassungsrechtliche Gewährleistung des "politischen Streiks" erkennen wollten[11]. Damit kam die Diskussion um den "politischen Streik" erneut in Gang, wobei sich schnell zeigte, daß immer noch "beträchtliche Meinungsverschiedenheiten über die Stellung des Streiks, insbesondere des politischen Streiks in der vom Grundgesetz errichteten verfassungsrechtlichen Grundordnung bestehen"[12] und "man sich noch immer weitgehend darüber im Unklaren ist, ob und welche hoheitlichen Maßnahmen gegenüber Steiks ergriffen werden dürfen".[12] Man wird in der Tat einerseits befriedigt zur Kenntnis nehmen können, daß es bei uns in der Bundesrepublik

---

6) Die Berechtigung gewerkschaftlicher Demonstrationen für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Wirtschaft. Zwei Rechtsgutachten von Abendroth und Schnorr von Carolsfeld. Herausgegeben vom Bundesvorstand des DGB, Düsseldorf 1953.

Bereits die gewählten Titel der Gutachten sind bezeichnend: während einerseits von "politischen Streikaktionen" die Rede ist, sprechen die letztgenannten Gutachten von der "Berechtigung gewerkschaftlicher Demonstrationen".

7) Vgl. dazu oben S. 6 ff.

8) Zu den Vorgängen anläßlich der Beratungen der Notstandsgesetze siehe Baur, Ulrich, Der politische Streik unter besonderer Berücksichtigung der sog. Notstandsverfassung von 1968, Würzburger Dissertation 1969.

9) Vgl. dazu oben S. 6.

Deutschland erfreulicherweise wenig "Anschauungsmaterial" für den "politischen Streik" gibt. Andererseits darf dies nicht dazu führen, daß in der Rechtswissenschaft die Fragen, die durch einen solchen "politischen Streik" aufgeworfen werden, als "wenig aktuell" zur Seite geschoben werden; "denn es kann nicht einfach unterstellt werden, daß unser Staat auch in der Zukunft eine so ruhige außen- und innenpolitische Entwicklung erleben wird wie bisher, eine Entwicklung in Sicherheit und Prosperität und ohne nennenswerte innenpolitische Erschütterungen oder akute außenpolitische Bedrängnisse."[13]

II. Der Begriff des "politischen Streiks"

Ausgangspunkt jeder sinnvollen Erörterung, insbesondere im juristischen Bereich, muß eine Klärung des Begriffes sein, von dem oder über den man Aussagen trifft. Gerade der Begriff des "politischen Streiks" trägt wegen der schillernden Vokabel "politisch" die große Gefahr in sich, daß ein jeder etwas anderes darunter versteht, nicht zuletzt, um damit auf scheinbar wissenschaftlichem Wege seiner eigenen "politischen" Anschauung zum Durchbruch zu verhelfen. Der Wissenschaft, die um möglichst objektive Erkenntnisse bemüht sein muß, ist damit freilich wenig gedient. So erstaunt es, daß beispielsweise in der gesamten Kommentarliteratur zum Grundgesetz, soweit der Begriff überhaupt erwähnt wird[14], keinerlei Definition des "politischen Streiks" geliefert wird.[15] Nur Maunz-Dürig-Herzog-Scholz[16] erläutern den Begriff mit einem Satz, während Hamann-Lenz[17] wegen der Abgrenzung zwischen arbeitsrechtlichem und politischem Streik ohne ausdrückliche Stellung-

---

10) So etwa Ramm, Notstand und Arbeitsrecht, AuR 67, 33 (40).

11) Vgl. Baur, a.a.O., S. 3.

12) Baur, a.a.O., S. 3 f.

13) Baur, a.a.O., S. 4.

14) Nicht einmal erwähnt wird der "politische Streik" von Maunz, Lehrbuch, und Model-Müller.

15) Vgl. Giese-Schunck, S. 89; v. Münch, Rdn. 60 zu Art. 9 lapidar: "Art. 9 III 3 schützt keine 'wilden Streiks' und keine 'politischen Streiks'." V. Mangoldt-Klein, S. 333, stellen nur unter Quellennachweis fest, daß der "politische Streik rechtswidrig und unzulässig" sei.

16) Rdn. 116 zu Art. 9: "Er liegt vor, wenn dadurch ein politisches Organ zur Vornahme oder Unterlassung einer Handlung gezwungen werden soll."

17) S. 359.

nahme nur auf das Urteil des LAG Berlin in NJW 54, 126 verweisen, das einen völlig anderen Standpunkt vertritt als die wohl h.M.[18] Auf diese Weise dürfte eine sinnvolle wissenschaftliche Verständigung kaum möglich sein, wenn ein jeder zwar von dem gleichen Begriff redet, aber jeder etwas anderes damit meint.

1.) So war für die Literatur vor dem ersten Weltkrieg[19] der "politische Streik" durch seinen Umfang und seine Wirkung gekennzeichnet. Kautsky[20] verstand darunter eine Streikbewegung, "die eine solche Ausdehnung und Bedeutung gewinnt, daß sie ein Übel nicht bloß für die Beteiligten, sondern für die Allgemeinheit wird und dadurch den Staat zum Einschreiten auffordert". Eine derartige Definition ist offensichtlich unbrauchbar, um gerade das Charakteristische eines Streiks aufzuzeigen, der durch das Adjektiv "politisch" eine Sonderstellung erfahren soll. Denn unangenehme Folgen für die Allgemeinheit mit fühlbaren Beeinträchtigungen des Gemeinwohls sind wohl jedem Streik wesensimmanent. Eine Unterscheidung von der Intensität der Wirkung her läßt sich somit nicht vornehmen.

2.) Im neueren Schrifttum wird daher der Begriff des "politischen Streiks" als Gegensatz zum "wirtschaftlichen Streik" gebraucht.[21] Historisch liegt dieser Unterscheidung die Tatsache zugrunde, daß mit dem Aufkommen der Arbeiterschaft als soziologische "Klasse" im vergangenen Jahrhundert es nicht nur darum ging, die wirtschaftliche Situation dieser "Klasse" zu verbessern, sondern stets auch eine Erweiterung deren politischer Rechte erstrebt wurde.[22] So war beispielsweise eines der wichtigsten "politischen" Ziele der Arbeiterbewegung im vergangenen Jahrhundert die schrittweise Erkämpfung des Wahlrechts. Es lag nahe, zur Durchsetzung dieser politischen Ziele nicht irgendwelche politischen Mittel im engeren Sinne einzusetzen (welche hätten der Arbeiterschaft auch schon zur Verfügung gestanden in einer Gesellschaft, in der durch "klassenweise" gesellschaftliche und politische "Schichtung" dafür vorgesorgt war, daß den "unteren Schichten" keinerlei Repräsentanz in der Führung des Staates zukommen konnte), sondern durch

---

18) Zu der rechtlich unhaltbaren Auffassung dieses Urteils unten S. 265 ff.

19) Vgl. dazu im einzelnen Daniel, S. 11.

20) Kautsky, Der politische Massenstreik, 1914, S. 11.

21) Hueck-Nipperdey, II/2, S. 884 ff.; Nikisch, II, S. 137 f., m.w. Nachw.; Niese, S. 92 ff.; Daniel, S. 11 ff.; Baur, S. 28 ff.

Eingriffe in den Arbeitsablauf der wirtschaftlichen Produktion empfindlichen Druck nicht nur auf den Arbeitgeber, sondern indirekt auch auf die staatlichen Instanzen auszuüben. In Deutschland sind Hauptbeispiele die Streiks zur Niederschlagung des bereits erwähnten Kapp-Putsches 1920 und anläßlich der Ermordung Rathenaus 1922 sowie der eingangs geschilderte sog. Zeitungsstreik im Jahre 1952.

Daraus läßt sich die Schlußfolgerung ziehen, daß eine sinnvolle Abschichtung des "arbeitsrechtlichen" vom "politischen" Streik nicht von der Wirkung her vorgenommen werden kann, sondern es entscheidend auf das subjektive Moment ankommt, gegen wen der durch die Arbeitsniederlegung erzeugte Druck gerichtet ist. Beim "gewöhnlichen arbeitsrechtlichen" Streik ist dieser Druck gegen den sozialen Gegenspieler gerichtet, er soll dadurch gezwungen werden, den wirtschaftlichen Forderungen der Streikenden nach Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Situation (v.a. Lohnerhöhung usw.) nachzukommen. Der auf den Arbeitgeber ausgeübte wirtschaftliche Druck kann aber seiner Zweckbestimmung nach auch darauf gerichtet sein, durch den Schaden, den der Arbeitgeber und stets auch die Allgemeinheit dadurch erleiden, einen Dritten zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen zu bestimmen. Dieser "Mechanismus funktioniert" freilich nur, wenn der Schaden, den Arbeitgeber und Allgemeinheit erleiden, auch die Interessen dieses Dritten spürbar beeinträchtigt. Die Schädigung des Arbeitgebers ist dabei nicht das eigentliche Ziel des Streiks, sondern nur das "Mittel zum Zweck", den Willen des Dritten zu beeinflussen; mit anderen Worten: Der durch einen solchen Steik "betroffene" Arbeitgeber ist nicht der "Adressat" der Maßnahme. Ist Adressat im vorbezeichneten Sinne irgendein Träger staatlicher Hoheitsgewalt, irgendein staatliches Organ, so handelt es sich um "politischen Streik". Als Definition läßt sich daraus gewinnen:

---

22) So erwähnt Baur, S. 28, als einen der ersten modernen politischen Streiks einen Streik vom August 1842 in England, der zunächst lediglich um die Erhöhung der Löhne geführt worden war, dem aber plötzlich ein politisches Ziel gegeben wurde, nämlich die Erkämpfung des demokratischen Wahlrechts.

"Politischer Streik ist die gemeinsam und planmäßig durchgeführte Arbeitseinstellung einer Mehrzahl von Arbeitnehmern, um dadurch staatliche Organe in ihrem hoheitlichen Handeln zu beeinflussen."[23]

3.) Entscheidend ist also einzig und allein die "Stoßrichtung" des Streiks, es kommt auf den "Adressaten" an, dessen Willen gebeugt werden soll. Dies ist wichtig festzustellen im Hinblick auf die teilweise vertretene Ansicht, ein Streik sei dann nicht "politisch", wenn die geregelte Materie dem Arbeitsrecht zuzuordnen sei.[24] So führte das LAG Berlin[25] aus: "Es geht nicht an, einen Streik lediglich deshalb als einen politischen zu werten, weil er sich gegen im Parlament verfolgte Bestrebungen richtet ... Bei dem Betriebsverfassungsrecht handelt es sich um eine Materie, die nach § 1 des Tarifvertragsgesetzes vom 12.9.1950 der tariflichen Regelung unterliegt. Eine dem autonomen Gestaltungsrecht der Sozialpartner unterliegende Materie wird ihres Charakters nicht dadurch entkleidet, daß der Gesetzgeber die den Tarifparteien überlassene Gestaltung an sich zieht. Sie bleibt vielmehr solange dem autonomen Gestaltungsrecht unterstellt, bis der Gesetzgeber dieses durch

---

23) So die h.M.: Hueck-Nipperdey ,II/2, S. 884 ff. m.w. Nachw.; Niese, S. 96; Nikisch ,II, S. 137; Baur, S. 30; Daniel, S. 16. Daniel u.a. definieren einen Streik als "politisch", wenn "durch ihn staatliche Organe in ihrer Willensentscheidung beeinflußt werden sollen, es sei denn, daß es sich um einen Streik gegen den Staat als Arbeitgeber handelt". M.E. läuft es auf dasselbe hinaus, ob man zunächst allgemein auf die "Willensbildung staatlicher Organe" abstellt und dann Willensbetätigungen, die die staatlichen Organe in ihrer Funktion als Arbeitgeber vornehmen, ausklammert oder von vorneherein nur "hoheitliches Handeln" der staatlichen Organe in die Definition aufnimmt. Jedenfalls soll in der Sache das gleiche ausgesagt sein. Klarzustellen wäre allenfalls, daß "hoheitliches Handeln" nicht im Sinne von "Eingriffsverwaltung" nur zu verstehen ist, sondern auch die sog. "Leistungsverwaltung" (z.B. Daseinsvorsorge des Staates) darunter fällt. "Hoheitliches Handeln" soll also gerade das typische "Handeln des Staates als Staat" bezeichnen, im Gegensatz zu Willensbetätigungen, wie sie jeder andere Arbeitgeber der Sache nach auch vornehmen müßte, wenn auch in anderer Form. So ist etwa die Bestimmung des Arbeits- bzw. Dienstentgelts eine typische Betätigung eines Arbeitgebers, mag auch die Form, in der das geschieht, beim Privatarbeitgeber durch Tarifvertrag und Einzelarbeitsvertrag, beim Staat durch Gesetz erfolgen. Vgl. auch oben schon S.168 Fußnote 430.

24) So etwa Abendroth und Schnorr v. Carolsfeld in ihren Gutachten und teilweise die Rechtsprechung; ähnlich Bauer, JZ 53, 650, der darauf abstellt, "ob der Streitgegenstand durch einen Einzelarbeitsvertrag oder eine Gesamtvereinbarung geregelt werden kann oder nicht".

zwingende gesetzliche Vorschriften ausgeschlossen hat... Es wäre durchaus zulässig gewesen, die Materie tariflich zu regeln und die Einwilligung der Arbeitgeber hierzu durch Streik zu erzwingen... Ausschlaggebend für die Bewertung des Charakters eines Streiks, ob arbeitsrechtlicher oder politischer Natur, muß der Charakter der Materie sein, aber nicht die durch das Vorgehen des Parlaments erzwungene Zielrichtung..." Teilweise[26] wurde auch argumentiert, daß der Gesetzgeber, nachdem die zwischen den Sozialpartnern mögliche Regelung des Mitbestimmungsrechts im Wege autonomer Kollektivverträge gescheitert sei, in diesem Streit das "Amt eines Schiedsmannes", eine "quasi schiedsrichterliche Funktion" übernommen habe, indem er den Interessengegensatz nunmehr durch ein Gesetz bereinige.

An diesen Gedankengängen ist eigentlich nur soviel richtig, daß damals tatsächlich auch die Tarifvertragsparteien zu einer Kollektivvereinbarung hinsichtlich betriebsverfassungsrechtlicher Fragen hätten gelangen können. Die eben referierte "Schiedsmanntheorie" scheitert allein schon daran, daß hier ja gerade der Kampf nicht zwischen den Sozialpartnern sich abspielte[27], sondern der Kampf sich ja von vorneherein gegen den "Schlichter" richtete. Und es mutet schon recht eigenartig an, wenn das LAG Berlin ausführt, das Parlament habe die Zielrichtung erzwungen (!) bzw. die zu regelnde Materie bleibe solange dem autonomen Gestaltungsrecht unterstellt, bis der Gesetzgeber dieses durch zwingende gesetzliche Vorschriften ausgeschlossen hat. Hier scheinen mir elementare Irrtümer hinsichtlich der Aufgabe und Funktion eines demokratisch gewählten Parlaments vorzuliegen. Unsere Rechts- und Wirtschaftsordnung kennt zwar die Tarifautonomie als tragenden Grundsatz; dies kann jedoch nicht dazu führen, daß dem nach Maßgabe der Verfassung umfassend zum Erlaß von Gesetzen berufenen Bundesgesetzgeber gleichsam ein Vorwurf gemacht werden könnte, daß

---

25) Urteil vom 17.8.1953, NJW 54, 125 ff. Es handelt sich um eines der Urteile im Anschluß an den Zeitungsstreik des Jahres 1952. Es ist dies das von Hamann-Lenz zur Abgrenzung zwischen arbeitsrechtlichem und politischem Streik zitierte Urteil, vgl. Fußnote 17).

26) So Abendroth und Schnorr v. Carolsfeld, a.a.O.

27) Die Einschaltung eines neutralen Schlichters - soviel ist richtig - hätte einen Kampf zwischen den Sozialparteien nicht zu beenden brauchen.

er eine Regelung an sich zieht. Nach Art. 74 Nr. 12, 72 II Nr. 3 GG konnte der Bundesgesetzgeber zur eigenverantwortlichen Regelung der Materie von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch machen und er war dabei den Gewerkschaften keinerlei "Rechenschaft" schuldig. Die Sozialpartner können den ihnen vom Gesetzgeber überlassenen "Freiraum" zur Verwirklichung der Sozialautonomie voll ausnützen; nur ist der Gesetzgeber nach Maßgabe der Verfassung jederzeit befugt, selbst gesetzliche Regelungen vorzunehmen. Auch das LAG Berlin spricht dies aus; nur wäre zu fragen, wie der "Ausschluß des autonomen Gestaltungsrechts durch zwingende gesetzliche Vorschriften" denn überhaupt vor sich gehen soll, wenn man andererseits den Gewerkschaften zugesteht, hier dem Gesetzgeber gleichsam durch Streikdrohung "Richtlinien" erteilen zu dürfen (und das Parlament ohnehin "selbst schuld" an derartigen Aktionen ist, wenn es von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch macht und dadurch die "Zielrichtung auf sich erzwingt"!).

Hier ist vielmehr klar festzuhalten: Der Bundesgesetzgeber hatte damals bei Beratung und Erlaß des Betriebsverfassungsgesetzes in Übereinstimmung mit den Bestimmungen der Verfassung von seinem Gesetzgebungsrecht Gebrauch gemacht, und der "Zeitungsstreik" richtete sich allein gegen dieses staatliche Gesetzgebungsverfahren. Da damit aber eine staatliche Instanz bei der Ausübung ihrer verfassungsrechtlich zugewiesenen Tätigkeit zu einem bestimmten Handeln gezwungen werden sollte, lag zweifellos ein "politischer Streik" vor. Generell formuliert: Für die Bestimmung des Wesens des "politischen Streiks" ist es unerheblich, ob die geregelte Materie arbeitsrechtlicher oder sonstiger "politischer" Natur ist. Entscheidend ist allein, daß von einem staatlichen Organ als Adressaten des Streiks ein hoheitliches Handeln erzwungen werden soll.[28)]

4.) Das Definitionsmerkmal des Adressaten bedarf indessen noch einer Erläuterung. Etwa bei dem erwähnten Kapp-Putsch des Jahres 1920 war der Streik nicht gegen den Staat als Adressaten gerichtet; vielmehr hatte gerade die Reichsregierung zu ihm aufgefordert: Der Aufruf vom 13.3.1920 richtete sich an die gesamte Be-

---

28) So auch Niese, S. 96 ff.; Daniel, S. 12 ff.; Baur, S. 31 ff.

völkerung, auch an die Beamtenschaft, die für die Dauer des Streiks von ihrer Dienstpflicht entbunden wurde.[29] Der Streik richtete sich vielmehr gegen die Putschisten: Der Staat sollte nicht bekämpft, sondern gerade gerettet werden. Unter "Staat" ist daher in der vorhin gegebenen Definition des "politischen Streiks" der "Träger der Staatsgewalt" zu verstehen. Unerheblich ist, ob der betreffende Inhaber rechtmäßiger oder unrechtmäßiger Träger der Staatsgewalt ist. Gerade bei einer Revolution versuchen die Träger des Umsturzes, Träger der Staatsgewalt zu werden, während der bisherige Träger bemüht ist, im Besitze der Staatsgewalt zu bleiben; der Kampf geht also gerade um den Besitz der Staatsgewalt. Wie weit die Revolutionäre mit ihrem Umsturzplan bereits Erfolg gehabt haben, läßt sich meist überhaupt nicht sicher erkennen. Für den Begriff des "politischen Streiks" kann es aber keinen Unterschied machen, ob er sich gegen den bisherigen Träger der Staatsgewalt (der es vielleicht schon nicht mehr ist) richtet oder gegen den, der die Staatsgewalt zu erlangen sucht (und vielleicht schon damit Erfolg gehabt hat). Auch ein Streik gegen eine Revolution ist damit ein an den "Träger der Staatsgewalt" adressierter Streik, somit "politischer Streik".[30]

5.) Die so gewonnene Definition des "politischen Streiks" ist auch gegen verschiedentliche Versuche zu verteidigen, den Begriff des "politischen Streiks" dadurch auszuweiten, daß die Interdependenz von Wirtschaft und Politik im modernen Industriestaat als Ausgangspunkt für eine Betrachtung gewählt wird, die jeden Streik, der größere Auswirkungen auf die Allgemeinheit zeitigt, als "politisch" bezeichnet. Damit ist man in der Sache praktisch wieder zu dem überholten, konturenlosen alten Begriff des "politischen Streiks" zurückgekehrt.[31] Ein typisches Beispiel hierfür liefert Kaiser. Während er zunächst die Abgrenzung zwischen arbeitsrechtlichem und "politischem Streik" ganz in dem hier vertretenen Sinne vornimmt[32], gibt er die dadurch gewonnene begriffliche Klarheit und Schärfe jedoch sogleich wieder auf, wenn er anschließend ausführt: "Wenn aber ein arbeitsrechtlicher Streik offensichtlich

---

29) So RGSt 56, 415; vgl. auch Niese, S. 105, Fußn. 13.

30) So auch Baur, S. 33. - Die Richtigkeit dieser Auffassung wird auch dadurch unterstrichen, daß die Gewerkschaften tatsächlich nach Niederzwingung des Putsches den Streik gegen den geretteten Staat fortgesetzt haben, bis ihnen von der Regierung bestimmte Forderungen bewilligt wurden. Vgl. im einzelnen Grote, Der Streik, S. 51 ff. Die Bedenken bei Niese, a.a.O., den Kapp-Putsch als "echten" politischen Streik aufzufassen, sind daher unberechtigt.

lebensnotwendige Belange der politischen Gemeinschaft gefährdet, so wird er eo ipso zum politischen Streik."[33] Dem ist zunächst entgegenzuhalten, daß mit einer solchen Definition begrifflich-systematisch überhaupt nichts anzufangen ist.[34] Zwar verstößt eine derartig weite Definition nicht gegen irgendwelche logischen oder sachlichen Gegebenheiten; denn der Begriff "politisch" faßt in der Tat so ziemlich alles, was nur entfernt irgendwie mit dem staatlichen Zusammenleben der Volksgemeinschaft zu tun hat. Aber juristisch ist eine solch weite Begriffsbestimmung wertlos. Nun ist freilich zuzugeben, daß ein Streik im Einzelfall ein ganz ungewöhnliches Ausmaß annehmen kann und allein dadurch zu einem "Politikum" ersten Ranges wird. Juristisch ist und bleibt ein solcher Streik aber, solange er gegen den sozialen Gegenspieler als Adressaten zur Verbesserung der wirtschaftlichen Situation der Streikenden geführt wird, ein arbeitsrechtlicher Streik. Das zeigt sich vor allem bei der Wahl der zulässigen Mittel gegen einen derartigen Streik: Bei einem "echten politischen Streik" im Sinne der hier gegebenen "engen" Definition gilt es, eine verfassungswidrige Handlung[35] zu bekämpfen, während im anderen Fall als Ausgangspunkt klar sein muß, daß den Folgen eines arbeitsrechtlichen Streiks gesteuert werden muß, d.h. der Staat wird zwar nicht tatenlos zusehen dürfen, wie das Allgemeinwohl immer größeren Schaden nimmt, aber bei der Wahl der zu ergreifenden Maßnahmen wird man sich sehr wohl der Tatsache bewußt sein müssen, daß der Staat damit einen grundsätzlich unzulässigen Eingriff in die Tarifautonomie der Sozialpartner vornimmt, die ihn grundsätzlich ja zur strikten Neutralität verpflichtet.

Das Wesen des "politischen Streiks" liegt gerade darin, daß die Streikenden ein staatliches Organ zum Handeln in dem von ihnen gewünschten Sinne zwingen wollen, also ihren Willen an die Stelle des Willens des betreffenden staatlichen Organs setzen wollen, während ein arbeitsrechtlicher Streik, auch wenn er faktisch ein staatliches Eingreifen erforderlich macht, ein Handeln der Staatsgewalt gerade nicht erstrebt. Damit erscheint es aber auch geradezu sinnwidrig, die "Adressatentheorie" und den Gesichtspunkt der "Gefährdung des Staatswohls" zur Definition heranzuziehen.

---

31) Vgl. oben S. 263.

32) Kaiser, Der politische Streik, S. 22: "Die Richtung gegen den Staat ist das entscheidende Tatbestandsmerkmal des politischen Streiks."

33) A.a.O., S. 32.

34) Zur Kritik schon oben S. 263. 35) Dazu näher unten S. 285 ff.

6.) Wie bei jeder juristischen Abgrenzung können auch bei der "Adressatentheorie" Probleme auftreten. So etwa beim Fall der "Doppeladressierung", d.h. wenn sowohl Arbeitgeberseite, als auch Staat echte Adressaten des Streiks sind.[36] Entscheidend ist hier die Adressierung an den Staat; denn einmal könnte sonst die Verfassungswidrigkeit eines "politischen Streiks" auf diese Weise umgangen werden, zum anderen liegt es in diesen Fällen ja so, daß der Staat eine Materie an sich gezogen hat (sonst wäre es ja überflüssig, ihn unter Druck setzen zu wollen). "Das Eintreten der zuständigen staatlichen Instanz in die Materie hebt die Kompetenz der Sozialpartner zur autonomen Regelung auf. Damit entfällt auch das Streikrecht in dieser Sache, weil sie durch die staatliche Intervention der Verfügungsmacht des Arbeitgebers entzogen ist."[37] Daraus erhellt auch sofort, daß es unbeachtlich wäre, wenn die Streikpartei erklären würde, man wolle nach wie vor nur gegen die Arbeitgeberseite weiterstreiken; denn nunmehr kann nur noch die staatliche Instanz, nicht aber mehr der Sozialpartner die gestellte Forderung erfüllen, wahrer und einziger Adressat ist daher der Staat.[38]

7.) Wenn bislang vom "politischen Streik" die Rede war, waren wir immer davon ausgegangen, daß die Streikenden versuchen, durch die Streikmaßnahme einen derartigen Druck auf den Adressaten auszuüben, daß er, um dem drohenden Schaden vorzubeugen, gezwungen ist, den Forderungen nachzugeben. Einen derartigen Streik nennt man allgemein "Kampfstreik".[39]

Es ist aber auch möglich, daß die Streikenden sich darauf beschränken, ihre Forderungen eindringlich zu "demonstrieren". Man spricht dann von einem "Demonstrationsstreik".[40] Meist ist Ausgangspunkt von Streikaktionen, die auf den Staat abzielen, eine derartige bloße Demonstration der eigenen Forderungen, weil man

---

36) Beispiel: Bei einem arbeitsrechtlichen Streik, bei dem es zu keiner Einigung der Tarifvertragsparteien kommt, zieht der Bundesgesetzgeber die Initiative zur Gesetzgebung an sich. Die Arbeitnehmerseite streikt nun weiter und zwar gegen die Arbeitgeberseite, um diese zu veranlassen, ihren Einfluß im Parlament entsprechend geltend zu machen, zum anderen aber auch gegen das Parlament, um eine gesetzliche Regelung im erwünschten Sinne zu erreichen.

37) Kaiser, a.a.O., S. 33.

38) So auch Nikisch, II, S. 137.

39) Vgl. etwa Brox-Rüthers, S. 31; Nikisch, II, S. 137, spricht von "Druckstreik"; Hueck-Nipperdey, II/2, S. 885 von "Erzwingungs- oder Warnkampf".

hofft, bereits so zum Ziel zu gelangen. Außerdem kann ja jederzeit zum "Kampfstreik" übergegangen werden. Früher wurde teilweise behauptet, ein derartiger Demonstrationsstreik sei überhaupt kein Streik, da er nicht darauf angelegt sei, das Streikziel zu erzwingen.[41] Mit Recht führt Baur[42] dagegen an, "es wäre lebensfremd, wollte man den Arbeitskampf auf die Funktion des 'Zwangs' beschränken und die Funktion der 'Mahnung' außer acht lassen". Für unsere weiteren Untersuchungen läßt sich jedenfalls hier schon feststellen - und insoweit hat die Unterscheidung zwischen "Kampf"- und bloßem "Demonstrationsstreik" zentrale Bedeutung - daß strafrechtlich nur der "Kampfstreik" eine Rolle spielen kann. Denn nur beim Kampfstreik wird versucht, den eigenen Willen an die Stelle des fremden Willens des betreffenden Staatsorgans zu setzen. Die bloße Demonstration des eigenen Willens, die keinerlei sozialrelevanten Druck auf das Staatsorgan ausübt, kann niemals Nötigungscharakter haben.

Schwierig und problematisch kann freilich auch hier die Abgrenzung im Einzelfall werden. Es ist bezeichnend, daß bei dem eingangs geschilderten Zeitungsstreik des Jahres 1952 die beiden Gutachter Abendroth und Schnorr v. Carolsfeld in den erwähnten Gutachten zu dem Ergebnis kamen, der Zeitungsstreik sei als bloße Demonstration gewerkschaftlicher Forderungen aufzufassen gewesen, während Forsthoff und Hueck in ihren Gutachten gerade fanden, es sei Zwang auf das Parlament ausgeübt worden. Dementsprechend gehen auch die Meinungen der mit den anschließenden Schadensersatzprozessen befaßten Gerichte auseinander.[43]

Im allgemeinen wird ein befristeter Streik als Demonstrationsstreik anzusehen sein; aber auch bei einer Befristung kann durchaus ein derartig starker Druck entstehen, daß Zwang gegenüber dem Adressaten angenommen werden muß. Andererseits ist es - wenn auch wohl als Ausnahmefall - durchaus denkbar, daß selbst ein unbefristeter Streik volkswirtschaftlich nur geringen Schaden anrichtet und daher keinen relevanten Zwang auf das staatliche Organ aus-

---

40) Vgl. etwa Hueck-Nipperdey, II/2, S. 887; Nikisch, II, S. 13; Niese, S. 94 ff.

41) Z.B. Nipperdey, SJZ 1949, Sp. 11; vgl. auch Niese, S. 94.

42) A.a.O., S. 42.

43) Vgl. die Zusammenstellung bei Niese, S. 93.

üben kann.[44] Aus den Äußerungen der Streikenden wird sich auch die subjektive Zielsetzung nicht immer zweifelsfrei ergeben. Wenn nun freilich, wie es gerade beim Zeitungsstreik der Fall war, von führenden Gewerkschaftlern öffentlich mehrfach erklärt wird, man scheue auch vor den wirtschaftlichen Konsequenzen eines Generalstreiks nicht zurück, und der Zeitungsstreik als bloßer "Auftakt" zu weiteren Aktionen hingestellt wurde[45], kann mit Sicherheit keine bloße "Demonstration des eigenen Willens" mehr angenommen werden. Dies würde übrigens auch gelten, wenn tatsächlich - ohne daß dies der Öffentlichkeit und dem Parlament bekannt war - von vorneherein keine weiteren Streikaktionen mehr geplant waren; denn entscheidend ist für den Nötigungscharakter einer Handlung, daß der Genötigte subjektiv davon überzeugt ist, daß der Nötigende den angedrohten Nachteil herbeiführen kann.[46]

Allgemein wird sich folgendes sagen lassen: Wenn die subjektive Zielsetzung, wie sie sich in den Äußerungen der Organisatoren eines "politischen Streiks" manifestiert, über die objektiv nachweisbaren Umstände hinausgeht und Nötigungsabsicht erkennen läßt, ist ein Kampfstreik anzunehmen. Ist die subjektive Zielsetzung jedoch unklar (oft wird sie ja bewußt verschleiert werden), können nur die objektiven äußeren Umstände, wie v.a. geplante Zeitdauer der Streikaktion und absehbarer dadurch verursachter Schaden bei der Allgemeinheit, zur Beurteilung herangezogen werden. Dies gilt insbesondere auch für den Fall, in dem die subjektive Zielsetzung vorgeblich hinter den objektiven Befunden zurückbleibt (also behauptet wird, es sollte nur "demonstriert" werden, während allen Beteiligten die tatsächlich un-

---

44) Nicht richtig dürfte es daher in dieser Allgemeinheit sein, wenn Daniel, S. 22, dem "von vorneherein befristeten Demonstrationsstreik" den "unbefristeten Kampfstreik" gegenüberstellt. Der Sache nach stellt freilich auch Daniel auf die Zwangswirkung ab.

45) Auch Niese, S. 93, weist darauf hin, daß die unterschiedlichen Aufassungen der Gerichte zum Zeitungsstreik v.a. darauf beruhen, daß dieser einmal als Teil der öffentlich angekündigten Gesamtaktion, ein andermal als bloße Einzelmaßnahme gewertet wurde.

46) Dies ist bei § 240 h.M., vgl. Dreher-Tröndle, Rdn. 5 zu § 240.

übersehbaren Auswirkungen und Schäden des Streiks offensichtlich bewußt waren). Als Sonderproblem ist zu beachten, daß mehrere für sich betrachtet kurzzeitige Demonstrationsstreiks in ihrer Gesamtwirkung einem Kampfstreik gleichkommen können. Entscheidend ist hier natürlich nicht die Wirkung der "harmlosen" Einzelaktionen, sondern die Zwangswirkung, die die Gesamtaktion ausübt. Aber auch hier lassen sich kaum allgemein gültige Regeln aufstellen.[47]

47) Auch Daniel, S. 31 f., weist nur auf das Problem hin.

III. Die verfassungsrechtliche Beurteilung des "politischen Streiks"

1.) Einleitung

Nachdem wir uns nunmehr einen Überblick über das "Phänomen" und den juristischen Begriff des "politischen Streiks" verschafft haben, ist es erforderlich, die wesentlichen Gesichtspunkte aufzuzeigen, die bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung des "politischen Streiks" eine Rolle spielen. Schon bei der Untersuchung, inwieweit der arbeitsrechtliche Streik rechtswidrige Nötigung, § 240 StGB, sein kann, war es erforderlich, zunächst Klarheit darüber zu gewinnen, inwieweit die Verfassung ein Streikrecht gewährt. Denn eine Bestimmung des Strafrechts, die in verfassungsrechtlich gewährte Positionen eingriffe, wäre verfassungswidrig. Soweit eine "verfassungskonforme Auslegung" möglich ist, wäre diese zu wählen. Nichts anderes gilt aber für den "politischen Streik". Gerade hier ist es unerläßlich, die vielfältigen Verfassungsnormen, die zur Beurteilung des "politischen Streiks" herangezogen werden, sorgfältig abzuwägen. Eine Anwendung schlichtweg nur der einschlägigen Strafvorschriften wäre ein unzulässiges Unterfangen : die Subsumtion unter die einzelnen strafrechtlichen Deliktsmerkmale wäre zwar noch denkbar, aber wir hätten keine Gewißheit darüber, ob das solchermaßen inkriminierte Verhalten nicht vielleicht doch durch höherrangiges Verfassungsrecht gerade gestattet ist. Aber selbst wenn wir am Ende unserer Untersuchung feststellen sollten, daß die einschlägigen Strafnormen in keinen Konflikt mit Bestimmungen des Verfassungsrechts geraten (ein Ergebnis, das im Rechtsstaat im allgemeinen erwartet werden sollte), so war diese Untersuchung nicht umsonst. Denn über ihre gesetzesrangsystematische Erforderlichkeit hinaus, hilft sie auch, die besondere Bedeutung und Funktion der betreffenden Straftatbestände als "Schutztatbestände" für die Verfassung selbst und ihre Prinzipien und Normen klarer zu erkennen.

Wenn wir oben[48)] den Schluß gezogen haben, daß Art. 9 III 3 GG nur ein Streikrecht für den arbeitsrechtlichen Streik gewährleistet ("zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen") so darf daraus nicht abgeleitet werden, daß der "politische Streik" damit eo ipso verfassungswidrig sei. Denn

---

48) S.15 .

die positive Feststellung, daß der arbeitsrechtliche (wirtschaftliche) Streik verfassungsmäßig geschützt ist, besagt noch nicht negativ, daß andere Arbeitseinstellungen damit verfassungswidrig wären. Die verfassungsrechtliche Beurteilung des "politischen Streiks" kann daher nur so erfolgen, daß er unmittelbar an den Normen der Verfassung gemessen wird. Er wäre dann verfassungswidrig, wenn er gegen Normen und Prinzipien des Grundgesetzes verstieße. Bereits bei der Erörterung des verfassungsrechtlichen Umfangs des wirtschaftlichen Streiks konnten wir feststellen, daß die Meinungen in teilweise ziemlich scharfer Form aufeinanderprallen, etwa bei der Frage, ob auch "wilde Streiks" verfassungsrechtlich geschützt sind oder ob ein "Streikmonopol" der Gewerkschaften besteht usf.[49] Beim "politischen Streik" dürfte die Kontroverse um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit oder Verfassungswidrigkeit noch um einiges härter ausgefochten werden. Der Grund dafür liegt sicher zum Teil darin, daß der Begriff des "politischen Streiks" durchaus schillernd ist und nicht immer dasselbe darunter verstanden wird. Der tiefere Grund dürfte aber sein, daß hier nicht nur "juristische Theorien" verfochten werden, sondern es ganz offensichtlich um eine gesellschaftliche und gesellschaftspolitische Auseinandersetzung ersten Ranges geht, in der die Gewerkschaften als "intermediäre Gewalt" ihren Machtanspruch gegenüber den demokratischen Institutionen im "klassischen Sinn" anmelden und schrittweise durchzusetzen suchen. Diesen gesellschaftspolitischen Hintergrund darf man m.E. bei der rechtlichen Beurteilung der diversen Meinungen nicht außer acht lassen. Ich halte es für durchaus legitim, wenn gesellschaftliche Gruppen ihren Machtanspruch auch juristisch zu untermauern versuchen; nur wird man den dabei vertretenen juristischen Thesen durchaus kritisch begegnen müssen. So meinte etwa Schmid [50], ein entschiedener Verfechter der Zulässigkeit des "politischen Streiks", es sei "falsch und irreführend" zu sagen, "daß den verfassungsmäßigen Organen des Staates und den Parteien ... die staatliche Willensbildung allein zustehe; ein Streik, der auf diese Willensbildung einen Druck ausübe, sei verfassungswidrig; auch verletze dieser Druck das freie Überzeugungsmandat nach Art. 38 des Grundgesetzes." Oder als weiteres Beispiel, das, von einem Arbeitsgericht vertreten, schon fast bedenklich anmutet, ein Urteil des ArbG Berlin-West[51] zum

---

49) Dazu oben S.105 ff.
50) Gewerkschaftliche Monatshefte 54, 1 (5).
51) ArbG Berlin-West vom 22. 10. 52, zitiert bei Niese, S. 101 ff.

Zeitungsstreik : aus der "gute-Sitten-Formel" des RG ergebe sich, "daß ein Widerstand der Allgemeinheit, also z.B. ein Generalstreik, nicht sittenwidrig sein kann, weil es nicht vorstellbar ist, daß sich alle billig und gerecht Denkenden außerhalb der Widerstandsleistenden befinden ... Ein Druck auf die Parlamentsmehrheit kann aber dann nicht sittenwidrig sein, wenn der Druck von der Mehrheit des Volkes ausgeht; vielmehr handelt die Parlamentsmehrheit sittenwidrig (wenn auch vielleicht verfassungsgemäß), wenn sie die Parlamentsmehrheit dazu mißbraucht, ein Gesetz gegen das Anstandsgefühl der Mehrheit aller billig und gerecht Denkenden durchzusetzen." Allen diesen Argumenten liegt natürlich ein "juristischer Kern Wahrheit" zugrunde; nur kann es damit nicht sein Bewenden haben, vielmehr ist eine sorgfältige juristische Wertung jenseits aller gesellschaftspolitischen Polemik unerläßlich.[52)]

2.) Die verfassungsrechtliche Untersuchung im einzelnen

Entsprechend der klassischen Gewaltenteilung und in Übereinstimmung mit Art. 20 II GG, wonach die Staatsgewalt durch Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung ausgeübt wird, soll die verfassungsrechtliche Untersuchung getrennt für diese drei staatlichen Gewalten erfolgen.[53)]

a)aa) Bereits Abendroth hatte in seinem Rechtsgutachen zum Zeitungsstreik nachdrücklich die Auffassung vertreten, daß Art. 21 GG keineswegs den politischen Parteien eine Monopolstellung bei der politischen Willensbildung gewähren wollte, vielmehr "trägt die durch Art. 21 GG auch verfassungsrechtlich anerkannte parteienstaatliche Demokratie ihrem Wesen nach einen plebiszitären Charakter".[54)] Abendroth schloß daraus, daß neben Wählervereinigungen "alle im Bereich des staatlichen Gemeinschaftslebens wirkenden Organisationen des privaten und auch des öffentlichen Rechts, die Kirchen, die Unternehmerverbände, Berufsorganisationen

---

52) Baur, S. 88 meint: "...es ist eigentlich erstaunlich, daß ein solch zentrales Problem nach 20 Jahren Grundgesetz und einer umfangreichen Erörterung anläßlich des sogenannten Zeitungsstreiks im Jahre 1952 immer noch umstritten ist." - So erstaunlich scheint mir dies nicht, wenn man die Kontroverse eben nicht nur als juristische Auseinandersetzung begreift, sondern als gesellschaftspolitischen Evolutionsprozeß, dessen Dynamik wohl kaum jemals zum Stillstand kommen wird.

53) Diese Trennung übersieht Baur u.a.; sie ist aber v.a. im Hinblick auf die Judikative sehr wichtig, vgl. unten S.290.- So auch Daniel, S. 17.

54) Gutachten S. 7.

und auch die Gewerkschaften"[55] berufen seien, die politische Willensbildung mitzubeeinflussen und mitzubestimmen. Damit erhebt sich als erste Frage, inwieweit Art. 21 GG auch den Arbeitnehmerorganisationen ein Recht zur politischen Willensbildung eingeräumt hat. Art. 21 GG seinerseits muß freilich stets sofort in seinem Spannungsverhältnis zu Art. 38 GG gesehen werden.

Nach Art. 38 GG sind die Abgeordneten des Deutschen Bundestages Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen. Damit wurde durch das Grundgesetz das Prinzip des klassisch-repräsentativen Parlamentarismus verwirklicht, wonach der einzelne Abgeordnete und das Parlament insgesamt das Volk als Gesamtheit vertreten; der einzelne Abgeordnete ist also gerade nicht Vertreter einer bestimmten Wählergruppe oder eines Wahlkreises usw. Sobald er in seinem Wahlkreis als Parlamentsabgeordneter gewählt worden ist, ist er weder seinen Wählern noch sonst irgendeiner anderen Instanz mehr verpflichtet, außer seinem Gewissen. In Art. 21 GG nun wurden erstmals in der deutschen Verfassungsgeschichte die Parteien als Träger der politischen Willensbildung in der Verfassung selbst ausdrücklich genannt. Damit ist neben dem Prinzip des "freien Mandats" (Art. 38 GG) als verfassungsrechtliche Einrichtungsgarantie anerkannt, daß im demokratischen Staat die politische Willensbildung durch die Parteien wesentlich mitbestimmt wird. Diese haben die Aufgabe, den politischen Willen des "Wahlvolkes" vorzuformen, der dann in den Wahlen seinen sichtbaren politischen Niederschlag findet. Wenn man bedenkt, daß in der politischen Wirklichkeit praktisch kein Abgeordneter als Einzelperson, sondern vielmehr als Mitglied einer Partei, die ein bestimmtes politisches Programm vertritt, gewählt wird (ja man könnte überspitzt sagen, daß vielfach überhaupt nur die Partei gewählt wird, gleichgültig, welchen Kandidaten diese aufgestellt hat), erkennt man sehr schnell, daß diesem rechtlichen Spannungsverhältnis von Art. 38 GG ("freies Mandat") und Art. 21 GG ("Einrichtungsgarantie der Parteien") auch und vor allem eine außerordentliche praktische Bedeutung zukommt. Denn wegen Art. 21 GG sind durchaus weitgehende Einflußnahmen der Parteien auf den einzelnen Abgeordneten möglich ("Fraktionszwang") ohne daß dadurch schon ein Verstoß gegen Art. 38 GG vorliegen müßte[56].

---

55) A.a.O., S. 8.

56) Vgl. dazu etwa Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Rdn. 18 ff. zu Art. 38; auf die Abgrenzung im einzelnen ist hier nicht näher einzugehen.

Die zentrale Frage lautet nun, ob durch Art. 21 GG auch das Recht der Gewerkschaften zur politischen Willensbildung beeinflußt worden, insbesondere verstärkt worden ist. Vom Wortlaut des Art. 21 GG her kann kein Zweifel bestehen, daß dadurch nur die politischen Parteien privilegiert werden sollten, zu denen die Gewerkschaften zweifelsohne nicht gehören. Aus dem Wort "mitwirken" wird indessen zu Recht abgeleitet, daß neben den politischen Parteien auch andere gesellschaftliche und politische Kräfte tätig werden können.[57] Diese Auffassung entspricht der h.M. und auch das BVerfG[58] geht davon aus, daß die Parteien nur die "hauptsächlichen Träger der politischen Willensbildung des Volkes" sind; ein Monopol der politischen Parteien in diesem Bereich besteht nicht. Daraus folgt, daß ein Streik, durch den auf die Abgeordneten des Parlaments eingewirkt werden soll, jedenfalls nicht schon allein deshalb verfassungswidrig ist, weil es den Gewerkschaften schlechthin verboten wäre, bei der politischen Willensbildung mitzuwirken. Entgegen dem Idealbild der "klassisch-repräsentativen Demokratie" ist es vielmehr eine Tatsache des täglichen Lebens geworden, daß die "intermediären Mächte", wie die Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände usw., ihre Aufgaben und Vorstellungen durch eine "ständige, elastische und wirkungsvolle Repräsentation der gesellschaftlichen Kräfte und Interessen gegenüber dem Staat"[59] mit den verschiedensten Mitteln der schriftlichen und mündlichen Vorstellung, mit Gutachten, Beeinflussung der öffentlichen Meinung, Demonstrationen usf. zu verwirklichen streben. In einer Gesellschaftsordnung, die auf der Konkurrenz und dem freiheitlichen Zusammenspiel aller gesellschaftlichen Kräfte beruht, wäre es wirklichkeitsfremd, diesen oft auch "pressure groups" genannten gesellschaftlichen Gruppen ihre Tätigkeit versagen zu wollen. Man wird vielmehr in der Tat gerade akzeptieren müssen, daß hier manchmal auch ganz "massiver Druck", sei es untereinander, sei es auf den Staat, ausgeübt wird. Auch das BVerfG hat in seinem "berühmten" Urteil zur Parteienfinanzierung diese zur Übung gewordene politische Praxis als selbstverständlich betrachtet, wenn es ausführt, daß die "öffentliche Meinung" die Entschlüsse der Staatsorgane beeinflusse und Gruppen und Verbände verschiedenster Art auf Regierung und Gesetzgeber

---

57) v. Mangoldt-Klein, Anm. III 4b) zu Art. 21; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Rdn. 36 zu Art. 21.
58) BVerfGE 2, 72.
59) Kaiser, a.a.O., S. 45.

im Interesse ihrer Mitglieder einwirkten.[60]

"Die freie Darstellung organisierter Gruppeninteressen gegenüber Staat und Parteien ist Bestandteil der Betätigungsfreiheit, die Art. 9 GG diesen Vereinigungen gewährleistet. Sie sind aber nicht wie die Parteien politische 'Kreationsorgane'."[61][62][63]

---

60) BVerfGE 20, 56 (99): "... Die öffentliche Meinung... beeinflußt die Entschlüsse der Staatsorgane. Weiterhin versuchen Gruppen, Verbände und gesellschaftliche Gebilde verschiedener Art, auf die Maßnahmen der Regierung und die Beschlüsse der gesetzgebenden Körperschaften im Interesse ihrer Mitglieder einzuwirken...Zwischen den Faktoren und Medien des komplexen Prozesses der Meinungs- und Willensbildung wirken mannigfache Beziehungen, Abhängigkeiten und Einflußnahmen."

61) BVerfG, a.a.O., S. 107.

62) Vgl. zum ganzen auch Hamann-Lenz, S. 359.

63) Bemerkenswert sind auch die Ausführungen des BVerfG in dem genannten Urteil zur Einflußnahme von Geldspendern auf die Parteien. "Art. 21 GG gewährleistet den Parteien Freiheit vom Staat, nicht jedoch Schutz vor dem Einfluß finanzkräftiger Einzelpersonen, Unternehmen und Verbände. Das in Art. 21 Abs. 1 Satz 4 GG an die Parteien gerichtete Gebot, über die Herkunft ihrer Mittel öffentlich Rechenschaft zu legen, zeigt, daß das Grundgesetz den mit größeren privaten Spenden häufig erstrebten Einfluß auf die Parteien weder billigt noch verbietet, sondern als eine geläufige Form tatsächlicher politischer Interessenwahrnehmung ...mit der Maßgabe hinnimmt, daß diese Spenden offenzulegen sind. Es entspricht nicht dem Sinn der Vorschrift, verfassungsrechtlich zwischen sachfremden und sachgerechten Finanzierungsquellen zu unterscheiden. Die Abgrenzung zwischen legitimer und die freie politische Willensbildung störender Einflußnahme der Spender ist verfassungsrechtlich nicht faßbar. Es liegt in der Verantwortung der Parteien, den sachwidrigen Einfluß finanzkräftiger Interessenten vom sachgerechten zu unterscheiden und dem auf sie eindrängenden sachwidrigen Druck der Interessenten zu widerstehen ... Freiheit von solchem Druck gewährleistet ihnen die Verfassung nicht." (S.105) - Das BVerfG geht also davon aus, daß jede der am politischen Leben teilnehmenden Gruppen und auch die Parteien - deren Aufgabe es ja ist, den "politischen Willen vorzuformen" - grundsätzlich Druck von anderen Interessengruppen hinnehmen und sich eigenverantwortlich durchsetzen müssen.

Daraus folgt aber, daß Art. 21 GG nur für die echten politischen Parteien gilt und diese privilegiert. Die Gewerkschaften dürfen, wie alle anderen Verbände auch, ihre Ansichten und Forderungen dem Parlament bekanntgeben,[64] ohne dazu aber darüber hinaus, auch nicht durch Art. 21 GG verfassungsrechtlich besonders legitimiert zu sein. Einen Übergang zur "plebiszitären Demokratie" aus Art. 21 GG herauslesen zu wollen, wie Abendroth[65] es tut, erscheint damit juristisch unhaltbar.[66]

Nach dieser einleitenden Feststellung, daß die Gewerkschaften, wie alle anderen Verbände und Interessengruppen auch, ihre Forderungen und Ansichten dem Gesetzgeber zur Kenntnis bringen dürfen, ohne freilich eine darüberhinaus reichende verfassungsrechtliche Legitimation zur politischen Willensbildung zu besitzen, ist zu klären, ob diese "Kundgabe" auch in Form von Streikmaßnahmen erfolgen darf. Hier müssen wir sinnvollerweise an unsere obige Unterscheidung zwischen "Kampfstreik" und bloßem "Demonstrationsstreik" anknüpfen, da, wie ausgeführt, per definitionem nur der erstere auf Brechung des staatlichen Willens gerichtet ist, während letzterer nur in der Kundgabe der eigenen Meinung besteht.

bb) Beginnen wir unsere weitere Untersuchung mit dem "Demonstrationsstreik". Schnorr v. Carolsfeld[67] sieht in ihm eine besondere Art der Meinungsäußerung, die deshalb gem. Art. 5 I GG zulässig sei. Zwar schützt Art. 5 I GG ausdrücklich nur, die Meinung in "Wort, Schrift und Bild frei zu äußern"; es entspricht aber der h.M., daß damit kein abschließender Katalog gegeben ist, sondern entscheidend die Gedankenwiedergabe, z.B. in Form einer Demonstration, geschützt ist.[68] Freilich stellt auch der "Demonstrationsstreik" nun nicht eine bloße "Gedankenwiedergabe" dar, sondern auch er soll seiner Zielrichtung nach eine eindringliche Mahnung an den Gesetzgeber sein, in dem geforderten Sinne zu entscheiden. Damit stellt auch der bloße "Demonstrationsstreik" eine, wenn auch nicht auf Brechung des staatlichen Willens ge-

---

64) Gem. § 73 II und III GeschO BT (Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages) sind die Ausschüsse sogar ausdrücklich berechtigt, sich die Ansichten der einzelnen Verbände vortragen zu lassen, ohne daß diese damit aber ein subjektives Recht auf Gehör besäßen.

65) Vgl. Fußnote 54.

66) Dies entspricht der durchaus h.M., vgl. Daniel, S. 21.

67) Gutachten, S. 22.

68) Z.B. v. Mangoldt-Klein, Anm. III 3 zu Art. 5.

richtete, so doch mehr oder minder massive Einflußnahme auf diesen dar. Damit wird durchaus zweifelhaft, ob eine derartige über die bloße "Gedankenwiedergabe" hinausgehende Einflußnahme auf den Gesetzgeber durch einen solchen "Demonstrationsstreik" nicht doch verfassungswidrig ist. Indessen ist hier an das oben zur Tätigkeit der "intermediären Mächte" und "pressure groups" usw. Gesagte anzuknüpfen : unsere freiheitliche Verfassung gewinnt ihr Leben erst aus dem lebendigen Interessenaustausch aller Bürger und gesellschaftlichen Kräfte, keine dieser Gruppen ist grundsätzlich aus dem Wechselspiel der Kräfte ausgenommen, jede muß sich vielmehr gegen die anderen im Widerstreit der Meinungen und Interessen selbst behaupten. Auch die Parteien und selbst der Gesetzgeber müssen sich - wie das BVerfG ausdrücklich dargelegt hat[69], diesen mannigfachen Einflußnahmen der gesellschaftlichen Kräfte selbstbewußt stellen und sind ihnen keineswegs gleichsam "entrückt". Das Problem liegt demnach, wie Baur[70] richtig bemerkt, "nicht in der Existenz und der Tätigkeit intermediärer Mächte, sondern vielmehr darin, wie man verhindern kann, daß diese Mächte die ihnen von Verfassung und Rechtsordnung gesetzten Grenzen überschreiten und so die verfassungsgemäße Staatswillensbildung überwuchern und zersetzen". Ein bloßer "Demonstrationsstreik", der per definitionem die Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers nicht beseitigt, sondern lediglich "meinungsbildend" auf ihn einwirkt, um so sein Handeln zu beeinflussen, ist somit gem. Art. 5 I, II GG

---

69) Vgl. Fußnote 63 .
70) A.a.O., S. 95.

verfassungsgemäß.[71]

Ist der "politische Demonstrationsstreik" somit grundsätzlich verfassungsmäßig, so bleibt doch die in Art. 5 II GG durch die "allgemeinen Gesetze" bestimmte Grenze der Meinungsfreiheit zu beachten. Ein "allgemeines Gesetz" im Sinne des Art. 5 II GG ist jedes Gesetz, das nicht eine Meinung als solche verbietet, sondern dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsgutes dient.[72] Andererseits muß natürlich sichergestellt sein, daß das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung nicht durch die Gesamtheit dieser "allgemeinen Gesetze" im praktischen Ergebnis illusorisch gemacht wird. Das BVerfG hat daher schon früh ausgeführt, daß es erforderlich ist, daß die allgemeinen Gesetze "in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen und so interpretiert werden, daß der besondere

---

71) So die h.M., vgl. Baur, S. 96, m.w.Nachw. - A.A. Seiter, S. 501. Die Begründung von Seiter dürfte indessen nicht stichhaltig sein. Richtig ist zwar, daß Art. 5 I GG "alle Formen der zwangsweisen Meinungsdurchsetzung oder Meinungsnötigung schutzlos läßt" (S. 501 f.), aber der bloße Demonstrationsstreik hat ja gerade per definitionem keinen (relevanten) Nötigungscharakter. Und wenn Seiter, S. 502, ausführt, daß das Recht aus Art. 5 I GG "nach Art. 5 II GG unter dem Vorbehalt der allgemeinen Gesetze, zu denen die gesetzliche Vertragserfüllungspflicht gehört" steht, so verkennt er offenbar, daß hierbei nach der Rechtsprechung des BVerfG eine Güterabwägung zwischen dem Recht aus Art. 5 I GG und dem einschränkenden allgemeinen Gesetz für den Einzelfall vorgenommen werden muß. Damit stimmt aber auch die Schlußfolgerung von Seiter nicht, es führe "auch nicht viel weiter, ein Demonstrationsstreikrecht anzuerkennen, die Arbeitnehmer oder Gewerkschaften aber zum Ersatz des durch den Arbeitsausfall entstandenen Schadens zu verpflichten" (S. 502). Siehe zu den Argumenten gegen die Auffassung von Seiter im einzelnen den folgenden Text.

72) Z.B. v. Mangoldt-Klein, S. 250 f.; BVerfGE 7, 212.

Wertgehalt dieses Rechts... auf jeden Fall gewahrt bleibt".[73] Das bedeutet im praktischen Ergebnis, daß eine "Güterabwägung" zwischen dem Recht auf freie Meinungsäußerung und dem schutzwürdigen Interesse des anderen stattfinden muß, bei der alle Umstände des Einzelfalls zur Beurteilung herangezogen werden müssen.[74]

Zu den "allgemeinen Gesetzen" im Sinne des Art. 5 II GG gehört auch § 823 BGB. Da "Betroffener" des "politischen Streiks", wenn auch nicht dessen "Adressat" (dies ist der Gesetzgeber), infolge der Arbeitseinstellung in jedem Falle der Arbeitgeber ist, liegt damit stets auch ein Eingriff in das "Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" vor, welches durch Art. 14 GG (Eingentumsgarantie) geschützt ist. Hier hat eine Güterabwägung stattzufinden : bei ganz geringfügigen wirtschaftlichen Auswirkungen auf den Arbeitgeber wird man Art. 5 I GG gegenüber Art. 14 GG den Vorrang einräumen müssen; das bedeutet gleichzeitig, daß der Arbeitgeber keinen zivilrechtlichen Schadensersatz verlangen kann, da die Eigentumsgarantie gegenüber dem Recht auf freie Meinungsäußerung insoweit zurücktreten muß. Sobald ein "Demonstrationsstreik" jedoch größere wirtschaftliche Schäden verursacht, muß Art. 14 GG über Art. 5 GG das Übergewicht erhalten. Das bedeutet, daß verfassungsrechtlich der "Demonstrationsstreik" dann nicht mehr auf das Recht zur freien Meinungsäußerung, Art. 5 GG, gestützt werden kann, ohne damit freilich "verfassungswidrig" zu werden; der Eingriff in die durch Art. 14 GG geschützte Rechtssphäre des

---

73) BVerfGE 7, 198 (208).
74) BVerfGE 7, 210.

Arbeitgebers führt dann nur eben zum zivilrechtlichen Schadensersatz.[75)]

Im Ergebnis läßt sich damit festhalten, daß "politische Demonstrationsstreiks" jedenfalls nicht verfassungswidrig sind, sondern sich bei entsprechend geringfügigen Auswirkungen sogar u.U. auf Art. 5 GG stützen lassen.

---

75) Die Zusammenhänge zwischen Verfassungs- und Zivilrecht scheinen hier bei den meisten Autoren weitgehend unklar zu sein. Baur, S. 99, weist auf die gebotene Güterabwägung hin, meint dann aber, daß es davon abhänge, "ob der geschädigte Arbeitgeber Ersatz verlangen kann oder ob die Meinungsäußerung rechtmäßig ist." (Hervorhebung d.d. Verf.) - Niese, S. 93, meint unter Hinweis auf Nipperdey und dessen Gutachten, daß die verfassungsrechtliche Rechtmäßigkeit das zivilrechtliche Unrecht nicht ausschließe. Auch andere Autoren (vgl. Nikisch, II, S. 137) meinen, daß eine gewerkschaftliche Demonstration "in der Demokratie ein legales Mittel" sei, daß aber damit gleichzeitig ein rechtswidriger Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb vorliege usw. - So unabhängig, wie Niese u.a. meinen, sind das Verfassungsrecht und das Zivilrecht nicht voneinander, vielmehr stellt Art. 14 GG ja gerade die "Einbruchstelle" des zivilrechtlichen Eigentums (zu dem auch das Recht am Gewerbebetrieb gehört) in das Verfassungsrecht dar. Andererseits sind Fälle denkbar, in denen Art. 14 GG mit seiner Eigentumsgarantie hinter andere Rechte, z.B. die Meinungsfreiheit des Art. 5 GG, zurücktreten muß. Die Ausübung eines verfassungsmäßigen Grundrechts führt dann zwangsläufig auch dazu, daß zivilrechtlich kein Anspruch auf Schadensersatz gegeben ist. Man muß also richtigerweise unterscheiden, ob ein "Demonstrationsstreik" auf Art. 5 GG gestützt werden kann, dann auch kein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch. Bei gravierenderen Streikauswirkungen muß jedoch die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG zugunsten der Arbeitgeber eingreifen, d.h. der "Demonstrationsstreik" kann damit nicht mehr auf Art. 5 GG gestützt werden, ohne daß er damit aber "verfassungswidrig" würde.Diesen letzteren Fall haben wohl Niese, Nikisch u.a. im Auge, wenn sie insoweit von "verfassungsmäßiger Rechtmäßigkeit" sprechen. Nur gibt es eben sozusagen zwei Fälle der "verfassungsmäßigen Rechtmäßigkeit" : einmal, wenn ein ausdrückliches Grundrecht zur Seite steht (Art. 5 GG), zum anderen, wenn wenigstens keine Verfassungsnorm entgegensteht.- Auch Baur scheint dies nicht erkannt zu haben, wenn er Nikisch und die anderen Autoren als "Gegenmeinung" anführt; denn diese haben den von Baur klar erkannten Fall, daß Art. 5 GG unter Umständen ein Grundrecht auf Meinungsäußerung einräumt, offensichtlich überhaupt nicht in Erwägung gezogen. - Fast "hilflos" scheint Daniel dem Problem gegenüberzustehen, wenn er, S. 31, ausführt : "Die Tatsache, daß durch sie (Demonstrationen usw., Anm.d.Verf.)...ein Produktionsausfall entsteht, interessiert dabei nicht, da dieser hier nur ein 'notwendiges Übel',nicht aber das eigentliche Ziel der Streikenden darstellt."

cc) Weitaus problematischer in seiner verfassungsrechtlichen Beurteilung und auch weitaus umstrittener ist der "politische Kampfstreik". Bei ihm soll, wie bereits mehrfach ausgeführt, der Wille der streikenden Gewerkschaft oder Arbeitnehmer an die Stelle des Willens des Gesetzgebers treten, der eigene Wille der Streikenden soll dem fremden Willen des Gesetzgebers aufgezwungen werden. Es liegt auf der Hand, daß eine derartige Nötigung schwersten verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen muß. Diese gilt es im folgenden kurz aufzuzeigen.

aaa) Art. 20 II 1 GG bestimmt : "Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus." Träger der Staatsgewalt ist damit das Volk. Von diesem Träger der Staatsgewalt ("Souverän") ist jedoch zu unterscheiden, wer die Staatsgewalt auch tatsächlich ausübt. Aus verständlichen Gründen der Praktikabilität kann das Volk die Staatsgewalt nicht unmittelbar selbst ausüben, sondern überträgt die Staatsgewalt durch Wahlen auf besondere staatliche Organe, die den "Willen des Volkes" repräsentieren.[76] Wenn nun Streikenden in einem "politischen Kampfstreik" den Gesetzgeber zu einem bestimmten Handeln zwingen, repräsentiert dieses Staatsorgan nicht mehr den Willen des (gesamten) Volkes, sondern den der Streikenden. Baur[77] sagt hierzu völlig zutreffend : "Durch die Beseitigung der Entscheidungsfreiheit des Staatsorgans wird also im selben Maße die Souveränität des Volkes beseitigt, so daß die Bundesrepublik vorübergehend aufhört, ein demokratischer Staat zu sein und stattdessen zu einer Oligarchie wird, in der sich das Sonderinteresse einer Minderheit gegenüber dem Interesse der Allgemeinheit durchsetzt." Damit verstößt der "politische Kampfstreik" gegen den Grundsatz der Volkssouveränität (Art. 20 II 1 GG) und ist deshalb verfassungswidrig. Die Gegenmeinung, wonach durch das Grundgesetz, etwa durch Art. 21 GG eine parteienstaatliche Demokratie mit plebiszitärem Charakter geschaffen worden sei[78], ist unhaltbar. Wie bereits ausführlich dargelegt, muß die grundsätzlich erlaubte und wünschenswerte Mitwirkung der "intermediären Mächte" bei der staatlichen Willensbildung auf die Kundgabe der Meinungen und Forderungen beschränkt bleiben, nicht aber darf der Wille einer "oligarchischen Gruppe" an die Stelle des Willens des Gesetzgebers als alleinigem verfassungsmäßig berufenen Repräsentanten des ganzen Volkes gesetzt werden.

---

76) Insofern sagt Art. 20 II 2 GG richtig, daß die Staatsgewalt "vom Volk und durch besondere Organe ausgeübt" werde.
77) A.a.O., S. 102. 78) So Abendroth, siehe Fußnote 54.

bbb) Art. 20 III GG bestimmt, daß die Legislative bei ihrer hoheitlichen Tätigkeit an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden ist, und der schon erwähnte Art. 38 I 2 GG sichert darüberhinaus noch ausdrücklich die Weisungsunabhängigkeit der Abgeordneten. Soweit das Parlament durch einen "politischen Kampfstreik" gezwungen wird, ein bestimmtes Gesetz zu erlassen oder nicht zu erlassen, sind diese Grundsätze offensichtlich verletzt; denn anstatt weisungsungebunden nur ihrem Gewissen verpflichtet entscheiden zu können, werden sie zu "Befehlsempfängern der Streikenden degradiert"[79]. Auch hier läßt sich aus dem Spannungsverhältnis zwischen Art. 38 und Art. 21 GG nichts anderes herleiten. Schnorr v. Carolsfeld freilich meint, ein derartiger "politischer Streik" könne nicht gegen Art. 38 GG verstoßen, da es auch den Abgeordneten gestattet ist, statt völlig freien Handelns in einer Abstimmung nach der Parteidisziplin zu handeln.[80] Abgesehen davon, daß Art. 21 GG die Gewerkschaften gerade nicht wie eine politische Partei privilegiert, kann der einzelne Abgeordnete immer noch entgegen dem "Fraktionszwang" seiner Partei sich auf Art. 38 GG berufen und nach seinem Gewissen abstimmen. Bei einem "politischen Kampfstreik", der zu schwersten Schäden für die Allgemeinheit und das Staatswohl führt, kann eine derartige Entscheidungsfreiheit beim einzelnen Abgeordneten nur noch als höchst "theoretisch" angesehen werden.[81] Indessen kommt es auch gar nicht darauf an, daß der ausgeübte Zwang quasi einer vis absoluta gleichkommt; entscheidend ist alleine, daß ein den Willen der Parlamentsmitglieder zu brechen geeigneter Zwang wegen Art. 20 III und Art. 38 I 2 GG nicht ausgeübt werden darf. Damit verstößt der

---

79) So treffend Baur, S. 105.

80) Vgl. oben S. 277 ff.

81) Schnorr v. Carolsfeld, a.a.O., S. 22 meint freilich dazu : "Es hieße geradezu eine Beleidigung der Volksvertreter aussprechen, wenn man ihnen so jeden Mut zur Selbstbehauptung ihrer anderweit gefaßten Auffassung absprechen wollte." Dazu muß freilich gesagt werden, daß Schnorr v. Carolsfeld den Zeitungsstreik als bloßen "Demonstrationsstreik" ansah; vgl. oben S. 271.

"politische Kampfstreik" stets auch gegen das verfassungsmäßig festgelegte Verfahren der Willensbildung der Legislative und ist verfassungswidrig.

ccc) Das Gleichheitsgebot des Art. 3 I GG, an das alle Staatsorgane gem. Art. 1 III GG gebunden sind, verbietet es dem Gesetzgeber, nach Willkür Recht zu setzen; vielmehr muß rechtlich wesentlich Gleiches gleich, wesentlich Ungleiches ungleich behandelt werden ("Gebot der Rechtsetzungsgleichheit"). Wenn aber der Gesetzgeber nicht seinen Willen, orientiert an dem Gebot der Gleichheit bei der Rechtsetzung, durchsetzen kann, sondern Wünsche und Forderungen einer Sondergruppe, die nur ihre eigenen Interessen vertritt, verwirklichen muß, besteht zumindest die erhebliche Gefahr einer Verletzung des Gebotes der "Rechtsetzungsgleichheit".

Das Gleichheitsprinzip wird aber auch noch aus einem anderen Grunde verletzt : wenn nur eine Sondergruppe ihre Forderungen durchsetzen kann, während dies anderen Gruppen nicht möglich ist, werden dadurch die Rechte der Sondergruppe auf Mitwirkung bei der Staatswillenswillenbildung unzulässig, weil ungleichmäßig erweitert. Die Gegenmeinung freilich steht auf dem Standpunkt, daß der "politische Kampfstreik" die Gleichheit vor dem Gesetz erst verwirkliche; denn die Arbeitgeber hätten über das "lobbying" von vorneherein einen weit größeren Machteinfluß auf das Parlament, während die Arbeitnehmer hier nur durch kollektive Arbeitsniederlegung einen ähnlich starken Einfluß ausüben könnten.[82] Wollte man den Arbeitnehmern dieses einzige Mittel der Einflußnahme nehmen, so werde gerade dadurch der Gleichheitssatz verletzt. Dagegen läßt sich rein juristisch sagen, daß eine Einflußnahme der Arbeitgeberseite, sei sie verfassungsmäßig oder verfassungswidrig, in keinem Falle ein - auch aus den genannten anderen Gründen - verfassungswidriges Handeln der Arbeitnehmerschaft rechtfertigen kann. Es stimmt aber schon die tatsächliche Behauptung nicht, die Arbeitnehmer hätten als einziges Mittel für die Einflußnahme nur den Streik. Denn zum einen stellt gerade die Arbeitnehmerschaft den überwiegenden Teil des Wahlvolks und bestimmt damit direkt zumindest die parteienmäßige Zusammensetzung

---

82) So insbesondere Abendroth, a.a.O., S. 10; Bauer, JZ 53, 649.

des Parlaments[83], zum anderen haben auch die Gewerkschaften inzwischen eine ganz gewaltige Kapitalkraft hinter sich.

An dieser Stelle wäre übrigens auch zu überlegen, zu welchen Konsequenzen es führen müßte, wenn nach den Gewerkschaften nach und nach auch andere "oligarchische Herrschaftsgruppen" die Willensbildung im Parlament an sich ziehen wollten. Die zwangsläufige Folge müßte doch wohl die Auflösung der demokratischen Ordnung in ein atomistisches Chaos sein, oder wie Seiter[84] es formuliert : "Die staatliche Gewalt würde dadurch zum Quasi-Schiedsrichter, wenn nicht gar Spielball gesellschaftlicher Mächte degradiert." Daher bleibt auch hier festzuhalten, daß alle gesellschaftlichen Gruppen das gleiche (Art. 3 GG) Recht haben, ihre Forderungen dem Gesetzgeber kundzutun; die Entscheidung, der eigentliche Willensakt, ist dagegen einzig und allein von den dazu auch verfassungsmäßig berufenen Gesetzgebungsorganen vorzunehmen. Eine Gleichheit aller gesellschaftlichen Gruppen in der Entscheidung selbst würde nicht zu "wahrer Demokratie", sondern zum Chaos des Kampfes aller gegen alle führen.

dd) Zusammenfassend muß damit festgestellt werden, daß der "politische Kampfstreik" gegen die Legislative in jedem Falle verfassungswidrig ist. Denn er verstößt gegen das Prinzip der Volkssouveränität,(Art. 20 II GG) gegen das verfassungsmäßig festgelegte Verfahren der Willensbildung in der Legislative (Art. 20 III, 38 I 2 GG) und den Gleichheitssatz (Art. 3 I GG). Dieses Verdikt der Verfassungswidrigkeit ist auch völlig unabhängig davon, ob mit dem "Kampfstreik" Forderungen auf dem Gebiete des Arbeitsrechts durchgesetzt werden sollen oder auf sonstigen Gebieten. Hier zeigt sich besonders deutlich die Verfehltheit der Auffassung[85], die aus der Materie, die geregelt werden soll, bestimmen wollte, ob ein arbeitsrechtlicher oder ein "politischer" Streik vorliegt. Denn die Verfassungswidrigkeit des "politischen Kampfstreiks" hat gerade nichts mit der geregelten Materie zu tun, vielmehr dürfen die Gewerkschaften, wie alle anderen gesellschaftlichen Gruppen auch, ihre Meinung, sei es zu arbeitsrechtlichen oder sonstigen beliebigen politischen Themen jederzeit frei kundtun. Die Verfassungswidrigkeit des "politischen Kampfstreiks"

---

83) Ein erheblicher Teil der Abgeordneten ist übrigens ja auch gewerkschaftlich organisiert, so daß hier genügend "Querverbindungen" bestehen dürften.

84) Seiter, S. 120 f.

85) Dazu oben S.265 ff.

ergibt sich vielmehr einzig und allein aus der unzulässigen Brechung des Willens des Gesetzgebers, indem der Wille einer Sondergruppe an die Stelle des Willens des verfassungsmäßig berufenen Gesetzgebers gesetzt wird. Damit offenbart der "politische Streik" gerade auch darin seinen "politischen" Charakter, daß zu seiner rechtlichen Beurteilung keinerlei arbeitsrechtliche Grundsätze heranzuziehen sind, sondern ausschließlich verfassungsrechtliche und, wie anschließend auszuführen, strafrechtliche, die dem Schutze der verletzten Verfassungsnormen dienen. Dagegen ist der sog. "politische Demonstrationsstreik", der - im hier vertretenen Sinne - nur eine Kundgabe der Forderungen der Arbeitnehmerschaft an das Parlament im "pluralistischen" Staat darstellt, ohne auf dessen Willensbeugung abzuzielen, grundsätzlich verfassungsmäßig, in seinen milderen Formen u.U. sogar durch Art. 5 GG verfassungsrechtlich geschützt.

b) "Politische Streiks" sind aber nicht nur gegen die Legislative vorstellbar; auch die Exekutive (Regierung bzw. Verwaltung) kann Adressat derartiger Maßnahmen sein. Auch hier gilt für den bloßen "Demonstrationsstreik" das eben Ausgeführte. Dagegen ist auch der "politische Kampfstreik" ausnahmslos verfassungswidrig.

Gem. Art. 20 III GG ist die Exekutive bei ihrer Tätigkeit der verfassungsmäßigen Ordnung und dem Gesetz und Recht unterworfen. Nun mag einer hier denkbaren Streikaktion gegen Exekutivorgane vielleicht gerade die Überlegung zugrundeliegen, daß diese gegen diese Prinzipien verstoßen hätten und es daher Ziel der Aktion sein müsse, die Verwaltung auf die Rechtwidrigkeit ihres Handelns hinzuweisen und zu einer Rückgängigmachung ihrer Entscheidung zu zwingen. Es liegt aber klar auf der Hand, daß nach unserer Verfassungsordnung die Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen den dafür zuständigen Aufsichtsbehörden und Verwaltungsgerichten (u.U. sogar dem BVerfG) obliegt und nur diesen. Eine andere Betrachtung würde zwangsläufig das "Faustrecht" einer Sondergruppe an die Stelle des Rechtsmittelweges setzen. Auch bei sog. Ermessensentscheidungen ist kein Raum für einen derartigen massiven Zwang, der dem zur Entscheidung berufenen Verwaltungsorgan eine Entscheidung abnötigt, die es sonst nicht oder doch nicht so getroffen hätte. Ermessen der Verwaltungsbehörden ist immer "pflichtgemäßes" Ermessen, d.h. die Behörde hat, orientiert an den Maßstäben der gesetzlichen Bestimmungen und der bisherigen Verwaltungsübung die Entscheidung zu treffen, die sie im konkreten

Fall für am zweckmäßigsten und geeignetsten hält. Damit ist einmal "formell" klargestellt, daß nur der Amtswalter bzw. dessen Vorgesetzte die Entscheidung fällen dürfen und kein Raum für den Willen anderer Personen oder Gruppen ist : wenn selbst die gerichtliche Nachprüfbarkeit sich grundsätzlich nur auf die Rechtmäßigkeit, nicht aber auch die Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns erstreckt[86], wäre es unverständlich, wenn beliebige andere gesellschaftliche Gruppen eine solche Verwaltungsentscheidung faktisch erzwingen könnten. "Materiell" besteht aber die eminente Gefahr, daß auch hier - gerade bei Ermessensentscheidungen - der Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG) verletzt wird. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt[87], tritt wegen Art. 3 GG bei Ermessensentscheidungen aufgrund einer bisherigen Verwaltungsübung eine Selbstbindung des Ermessens der Verwaltung ein. Würde sie im Einzelfall von außen davon abgehalten, ihren Willen an diesem Maßstab der Selbstbindung zu orientieren, wäre damit auch Art. 3 GG verletzt. Im übrigen liegt auch bei Zwang der Exekutivorgane durch einen "politischen Kampfstreik" eine weitere Verletzung von Art. 3 GG darin, daß einer Sondergruppe über die allen Bürgern und gesellschaftlichen Gruppen zustehenden Mitwirkungsbefugnisse bei der staatlichen Willensbildung (also Kundgabe der eigenen Meinung, Petitionsrecht, Wahlrecht usw.) hinaus faktisch Sonderrechte eingeräumt werden, für die kein sachlicher Grund zu erkennen ist.

c) Haben die bisherigen Untersuchungen gezeigt, daß "politische Demonstrationsstreiks" gegen die Legislative und die Exekutive verfassungsrechtlich zulässig, "politische Kampfstreiks" dagegen ausnahmslos verfassungswidrig sind, so zeigt sich bei derartigen Streikmaßnahmen, deren Adressat die Rechtsprechung ist, daß hier nicht einmal der "politische Demonstrationsstreik"

---

86) Vgl. § 114 VwGO und Redeker-v.Oertzen,VwGO, 6. Aufl. 1978, Anm. 20 zu § 114 und Anm. 147 ff. zu § 42. - Es ergeht in diesen Fällen ein sog. "Bescheidungsurteil" gem. § 113 IV 2 VwGO, d.h. die Behörde kann nicht angewiesen werden, ihr Ermessen in einem bestimmten Sinne auszuüben, sie hat lediglich unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts den Kläger erneut zu bescheiden (Redeker-v.Oertzen,Anm. 21 zu § 113); es sei denn, es liegt eine sog. "Ermessensreduzierung auf Null" vor, was dann der Fall ist, wenn alle anderen Ermessensentscheidungen bis auf eine ermessensfehlerhaft wären. Nur dann kann das Gericht die Verpflichtung der Behörde selbst aussprechen (Redeker-v.Oertzen, a.a.O.).

87) Oben S.212.

erlaubt ist.[88] Gem. § 1 GVG, durch Art. 97 I GG verfassungsrechtlich abgesichert, wird die Rechtsprechung von unabhängigen und nur dem Gesetz unterworfenen Richtern ausgeübt. Das bedeutet, daß die Richter nur an den Gesetzgeber und dessen Willensäußerungen gebunden sind.[89][90]

Im übrigen aber wäre jede Weisung gegenüber einem Richter auch durch eine staatliche Stelle in jedem Falle verfassungswidrig. Dann kann aber auch einer beliebigen Sondergruppe des gesellschaftlichen Lebens, das liegt auf der Hand, ein derartiges Weisungsrecht nicht zustehen.

Die richterliche Unabhängigkeit wird aber nicht erst durch einen "politischen Kampfstreik" aufgehoben, bereits eine massive "Demonstration" tangiert hier schon deren Kernbereich. Aufgabe und Funktion des Richters ist es ja gerade, den Streit zwischen den Parteien objektiv nach den Maßstäben der Rechtsordnung endgültig, im umfassendsten Sinne des Wortes "rechtskräftig" zu entscheiden. Er ist die "letzte Instanz", deren Spruch für alle Beteiligten künftighin verbindlich ist. Deshalb ist es unerläßlich, daß der Richter außer dem Gesetz keiner anderen Stelle gegenüber in irgendeiner Weise weisungsunterworfen ist. Es darf aber nicht verkannt werden, daß nicht nur eine "formelle" Weisungsunterworfenheit diese Unabhängigkeit zerstören würde; jede sonstige dezidierte Kundgabe der eigenen Meinung, die an die Adresse des Richters gerichtet ist, ist bereits geeignet, die innerliche Unabhängigkeit des Richters der Streitsache gegenüber zu beseitigen. Dies gilt beispielsweise vor allem auch für die Presse und "öffentliche Meinung". Loewenstein[91] führt hierzu aus : "Richterliche Unabhängigkeit bedeutet ferner, daß der Richter bei der Erfüllung seiner richterlichen Aufgabe von jeglicher Beeinflussung oder Einmischung von außerhalb frei ist, gleichgültig, ob sie von

---

88) Dies wird meist übersehen, weil man im allgemeinen bei der Erörterung des "politischen Streiks" den Fall der "Parlamentsnötigung" im Auge hat. Adressat eines "politischen Streiks" kann aber jedwedes staatliche Organ, also auch die Exekutive oder die Rechtsprechung sein. Auch Baur, S. 91 ff., der die verfassungsrechtlichen Probleme sehr gründlich untersucht hat, hat diese Einschränkung für den "Demonstrationsstreik" gegen die Judikative übersehen. Richtig dagegen Daniel, S. 34.

89) Das schließt freilich den Fall ein, daß die Exekutive aufgrund Ermächtigung durch den Gesetzgeber nach strenger Maßgabe von Art. 80 GG Recht setzt (sog.Rechtsverordnungen).

90) Der Fall, daß ein Richter gesetztes Recht, das entscheidungserheblich ist, für verfassungswidrig erachtet, soll hier nicht weiter erörtert werden; vgl. hierzu Art. 100 GG ("konkrete Normenkontrolle" durch das BVerfG).

91) Loewenstein, Verfassungslehre, 3. Auflage 1975, S. 233.

der Regierung, dem Parlament, der Wählerschaft oder der öffentlichen Meinung ausgeht ..." Ähnlich betonen Hamann-Lenz[92], daß auch jeder mittelbare Versuch der Beeinflussung der Rechtsprechung nicht nur durch andere Organe des Staates, sondern auch durch andere gesellschaftliche Faktoren verfassungswidrig ist. Und auch v.Mangoldt meint im gleichen Sinne, daß der Richter seine Pflicht zur Unparteilichkeit und Gerechtigkeit nur erfüllen könne, "wenn er nicht durch außerhalb stehende Gewalten, insbesondere auch Presse und öffentliche Meinung, in unzulässiger Weise unter Druck gesetzt wird".[93]

Darüber hinaus besteht die Gefahr, daß der Richter, dem einmal Vorwürfe wegen seines Urteils gemacht worden sind, auch bei künftigen gleichgelagerten Fällen der kontroversen Frage dann nicht mehr innerlich unabhängig gegenübersteht.[94] Sind aber u.U. schon massive Meinungskundgaben in der Presse als Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit zu werten, so gilt dies wegen des ungleich stärkeren Drucks erst recht für den "politischen Streik", auch für den bloßen "Demonstrationsstreik". Denn auch dieser ist bereits geeignet, die richterliche Freiheit, nur nach eigener Rechtsüberzeugung zu handeln, zu beeinträchtigen. Nur dem Richter ist, auch verfassungsrechtlich abgesichert, seinem Amt zur unparteiischen Urteilsfindung entsprechend, völlige Unabhängigkeit gewährleistet.[95] Jeder "politische Streik" in gleich welcher Form verstößt daher gegen Art. 97 GG und ist damit verfassungswidrig.

---

92) Anm. B 2 zu Art. 97.

93) v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 1953, S. 528. - Dort auch zu dem Versuch, im Entwurf des Strafrechtsänderungsgesetzes 1951 (BGBl. I, S. 739) die "erforderlichen Sanktionen" vorzusehen, und zu den Schwierigkeiten, eine Gesetzesformulierung zu finden, die die Meinungs- und Pressefreiheit nicht in ungebührlicher Weise gefährdet hätte, woran der Versuch denn auch scheiterte. Vgl. dazu auch unten S. 327.

94) Holtkotten, BK Art. 97 Anm. II 1 b) α .

95) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Rdn. 9 zu Art. 97. - Insofern Art. 97 GG nicht nur gegenüber den beiden anderen Staatsgewalten wirkt, sondern auch private und gesellschaftliche Einflußnahmen verbietet, spricht Herzog zu Recht von einer "Drittwirkung" dieser Bestimmung (Rdn. 39 zu Art. 97).

d) Bei unseren bisherigen Untersuchungen, die den "Kampfstreik" (gegen die Judikative auch den "Demonstrationsstreik") als verfassungswidrigen Angriff auf die Willens- und Entschlußfreiheit staatlicher Organe gezeigt haben, haben wir stets stillschweigend vorausgesetzt, daß die angegriffenen Staatsorgane selbst verfassungsgemäß handeln bzw. handeln wollen. Nun wäre aber auch der Fall denkbar, daß gerade das Handeln dieser Organe im Widerspruch zur Verfassung steht; das könnte bedeuten, daß ein "politischer Kampfstreik", der sich gerade gegen diesen Verfassungsverstoß richtet, möglicherweise gerechtfertigt wäre.[96]

aa) Während früher die Zulässigkeit und die Grenzen eines verfassungsrechtlichen Widerstandsrechtes heftig diskutiert wurde[97], ist nun, ebenfalls durch die sog. Notstandsverfassung[98] in Art. 20 IV GG allen Deutschen ausdrücklich das Recht zum Widerstand gegen denjenigen eingeräumt, der es unternimmt, die verfassungsmäßige Ordnung zu beseitigen, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.

Die Beseitigung der verfassungsmäßigen Ordnung muß erstrebt werden, wobei es unerheblich ist, ob ein "Staatsstreich", das ist ein Angriff auf die Verfassung von den bisherigen Machthabern, oder eine Revolution, das ist ein Angriff auf die Verfassung durch eine Machtgruppe aus dem nicht-staatlichen Bereich, unternommen wird. Der Widerstand kann auch noch ausgeübt werden, wenn die Beseitigung der verfassungsmäßigen Ordnung bereits vollendet ist; denn der Begriff "Unternehmen" im Sinne des Art. 20 IV GG umfaßt sowohl den Versuch, als auch die Vollendung.[99]

Zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne des Art. 20 IV GG gehören zweifelsohne vor allem die Verfassungsgrundsätze der Demokratie, also etwa die Volkssouveränität, die Mitwirkung des Volkes an der politischen Willensbildung, die Grundsätze des Sozialstaates, des Rechtsstaates, also Gewaltenteilung, die Bindung der

---

96) Zu denken wäre hier an den bereits erwähnten Kapp-Putsch. - Wie Daniel, S. 36, richtig ausführt, wäre etwa auch ein Generalstreik vorzustellen, durch den die Gewaltherrschaft des Nationalsozialismus zunichte gemacht worden wäre.

97) Vgl. etwa Daniel, S. 36 ff., m.w.Nachw.

98) 17. Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 24. 6. 1968 (BGBl. I, S. 709).

99) So auch Baur, S. 115.

Staatsgewalt an die Grund- und Menschenrechte, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und die Unabhängigkeit der Gerichte, der Grundsatz der bundesstaatlichen Gliederung usw. Daraus folgt, daß es ohne weiteres als eine derartige Bestrebung zur Beseitigung der verfassungsmäßigen Ordnung angesehen werden müßte, wenn etwa die Demokratie durch eine Monarchie ersetzt werden sollte, oder anstatt der Gewaltenteilung eine diktatorische Staatsverfassung errichtet würde, oder die Gliederung der BRD in Bundesländer zugunsten eines Zentralstaats beseitigt würde. Die eigentliche Problematik liegt hier jedoch darin, daß es in der praktischen Wirklichkeit meist nicht zu derart massiven Eingriffen kommt, sondern viel öfter lediglich einzelne Verfassungsnormen verletzt werden, wobei oftmals unklar ist, ob überhaupt eine Verfassungsverletzung vorliegt[100]. Jedenfalls kann in den meisten Fällen doch wohl nicht von einem Beseitigen der verfassungsmäßigen Ordnung die Rede sein. Es muß daher mit dem BVerfG[101] angenommen werden, daß eine Ausübung des Widerstandsrechtes nur und erst in Betracht kommt, wenn es offenkundig ist, daß die verfassungsmäßige Ordnung beseitigt werden soll.

Vor allem gilt für die Ausübung des Widerstandsrechtes aber das "ultima ratio-Prinzip", d.h. alle von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Rechtsmittel müssen in ihrer Effektivität als so aussichtslos erscheinen, daß die Ausübung des Widerstandsrechts das wirklich letzte verbleibende Mittel zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Rechts ist.[102] Hier ist vor allem zu bedenken, daß grundsätzlich immer auch die Möglichkeit besteht, das BVerfG anzurufen, so daß beispielsweise ein "politischer Streik" gegenüber der seinerzeitigen Notstandsgesetzgebung, wie er teilweise gefordert worden war[103], mit Sicherheit nicht durch ein Widerstandsrecht gedeckt gewesen wäre. Daniel[104] hat in diesem Zusammenhang - noch ehe in Art. 20 IV GG ein Widerstandsrecht normiert war - nur vier Fälle genannt, die zur Ausübung eines offenen Widerstandes berechtigen : "Wenn

1.) Bundesregierung und BVerfG durch äußere Einwirkungen gehindert sind, einem Umsturzversuch entgegenzutreten,

---

100) Man denke nur an die verschiedenen Anrufungen des BVerfG durch die Opposition zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen der sozial-liberalen Koalition, etwa zum Schwangerschaftsabbruch oder zur Gewissensprüfung bei Kriegsdienstverweigerern.

101) BVerfGE 5, 85 Leitsatz 10.

102) BVerfGE 5, 85 (377).

103) Siehe oben S.261.

104) A.a.O., S. 41 ff.

2.) Wenn die Bundesregierung selbst zum Widerstand aufruft, weil sie glaubt, den verfassungsmäßigen Zustand nicht anders erhalten zu können[105] ....

3.) Wenn die Bundesregierung oder der Bundestag selbst offenkundig verfassungswidrig handeln und dem BVerfG in tatsächlicher Hinsicht die Möglichkeit zum Tätigwerden fehlt,

4.) Wenn durch die Bundesregierung im Zusammenwirken mit dem Bundestag versucht werden würde, einen der in Art. 79 III GG für unabänderlich erklärten Verfassungsgrundsätze völlig zu beseitigen, und zwar (in diesem Falle) ohne Rücksicht darauf, ob das BVerfG tätig werden kann oder nicht. Denn wenn an diesen Grundfesten der Verfassung gerüttelt wird, muß damit gerechnet werden, daß die Rüttelnden auch eine Entscheidung des höchsten Gerichts nicht beachten würden."

Diese Grundsätze dürften auch unter der Geltung von Art. 20 IV GG als Richtschnur gelten können. Das Problem des Widerstandsrechts offenbart sich hier am deutlichsten : einerseits verbietet es der Gedanke einer rechtsstaatlichen Ordnung, daß allzufrüh, d.h. solange die staatlichen Abwehrkräfte noch intakt sind, ein "Widerstandsrecht" in Anspruch genommen wird, das nur allzu leicht in ein Chaos umschlägt und sehr leicht seinerseits zur Verfassungswidrigkeit führt.[106] Andererseits bewirkten "die Erfahrungen mit den totalitären Mächten des 20.Jahrhunderts eine Abkehr von dem blinden Vertrauen in den Konstitutionalismus und den Rechtsstaatsgedanken und förderten eine Rückbesinnung auf das Widerstandsrecht".[107]

Aus dem Wesen des Widerstandsrechts und der Formulierung in Art. 20 IV GG ergibt sich ferner notwendig, daß es nur als Mittel zur Erhaltung oder Wiederherstellung der verfassungsmäßigen Ordnung ausgeübt werden darf. Es wäre also nicht durch das Widerstandsrecht gedeckt, wenn etwa nach erfolgreicher Niederschlagung eines Umsturzversuches, nunmehr etwa eine Monarchie oder ein Zentralstaat etabliert würden unter Hinweis darauf, die bisherige verfassungsrechtliche Ordnung habe sich als unzweckmäßig erwiesen. Baur[108] spricht insofern zu Recht davon, daß das Wider-

---

105) Dies war gerade der Fall des Kapp-Putsches, zu dem auch die Reichsregierung aufgerufen hatte; siehe oben S.
106) So wurde ja auch der Generalstreik anläßlich des Kapp-Putsches nach Niederschlagung des Putsches noch gegen die Regierung fortgesetzt. Siehe oben S. 267 f.
107) Baur, S. 116.
108) A.a.O., S. 117.

standsrecht im "konservierenden Sinne" ausgeübt werden müsse.

bb) Wie das im Einzelfall gewährte Widerstandsrecht konkret ausgeübt wird, durch "Tyrannenmord", "politischen Streik", subversive Tätigkeiten usw. ist unerheblich. Wenn man die Erfahrungen mit dem Generalstreik gegen den Kapp-Putsch in Betracht zieht und weiter bedenkt, welchen massiven Druck ein "Kampfstreik" gegen die verfassungstreuen Staatsorgane bedeutet, läßt sich ohne weiteres ableiten, daß der allgemeine "Kampfstreik", die gemeinsame Arbeitsniederlegung eines Großteils der Bevölkerung, ein ganz besonders geeignetes Mittel auch zur Durchführung des Widerstandsrechts darstellen dürfte.

In diesem Falle verliert der "Kampfstreik" seinen Charakter als verfassungswidriger Akt und stellt sich nun gerade als wirksames, von der Verfassung nicht nur gebilligtes, sondern sogar erwünschtes verfassungsmäßiges Verhalten dar.

IV. Die strafrechtliche Beurteilung des "politischen Kampfstreiks"

1.) Einleitung

Die Würdigung des "politischen Streiks" unter verfassungrechtlichen Gesichtspunkten hat, kurz zusammengefaßt, zu dem Ergebnis geführt, daß bloße "politische Demonstrationsstreiks", die den Willen der Staatsorgane nicht zu brechen beabsichtigen, sondern nur den Willen der Streikenden eindringlich bekunden wollen, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind. Wie bereits oben angedeutet, scheiden diese bloßen "Demonstrationsstreiks" für unsere weitere strafrechtliche Untersuchung von vorneherein aus, da sie gerade keinen Nötigungscharakter besitzen und auch sonst kein Anknüpfungspunkt für eine strafrechtliche Relevanz erkennbar ist.

Dagegen sind "politische Kampfstreiks", die dem Staatsorgan, an dessen Adresse sie gerichtet sind, den Willen der streikenden Gruppe aufzwingen wollen, grundsätzlich verfassungswidrig. Eine Rechtfertigung ergibt sich ausschließlich aus dem verfassungsrechtlichen Widerstandsrecht gegen offensichtliches grob verfassungswidriges Handeln der Staatsorgane selbst als letztes Mittel zur Konservierung des verfassungsmäßigen Zustands.

Im folgenden ist nun zu untersuchen, in welcher Weise und in welchem Umfang das geltende Strafrecht diesen verfassungswidrigen "Kampfstreik" sanktioniert hat. Dabei stößt man sofort auf eine charakteristische Schwierigkeit bei der Behandlung dieser Problematik. Die ohnehin sehr spärliche Literatur stammt nämlich fast ausschließlich aus den 50er Jahren, als im Anschluß an den "Zeitungsstreik" des Jahres 1952 im Zusammenhang mit den Schadensersatzprozessen gegen die Gewerkschaften eine heftige Diskussion nicht nur um die zivil- und verfassungsrechtliche Würdigung, sondern auch die strafrechtliche Relevanz dieses Phänomens des "politischen (Kampf- oder Demonstrations-?) Streiks" entbrannt war.[109] Inzwischen haben jedoch durch das 8. Strafrechtsänderungsgesetz[110] [111] die damals unter straf-

---

109) Dazu oben S.260.

110) 8. StrÄG vom 25.6.1968 (BGBl I, S. 741).

111) Durch das EGStGB vom 2.3.1974 (BGBl I, S. 469) wurde ferner die Fassung des Strafrahmens der neuen Strafensystematik angepaßt.

rechtlichen Gesichtspunkten diskutierten §§ 90 und 105 StGB a.F. eine tiefgreifende Umwandlung erfahren, die es eigentlich unmöglich macht, noch auf die alte Literatur zurückzugreifen. Freilich wird in Kommentaren und Lehrbüchern weiterhin auf die alte Literatur verwiesen, aber zur Erhellung der neuformulierten Tatbestände kann diese Literatur kaum mehr etwas beitragen. So hat die früher in § 105 a.F. behandelte "Parlamentsnötigung" nunmehr in §§ 105 und 106 n.F. ihren Niederschlag gefunden[112]. § 90 a.F. hat in § 88 n.F. einen Nachfolger gefunden. Nun wird man den Umstand als solchen durchaus zu begrüßen haben, daß offenbar bislang kein praktischer Anlaß mehr bestanden hat, in die strafrechtliche Diskussion des "politischen Streiks" unter der Geltung der neuen Strafbestimmungen einzutreten. Indessen besteht keine Garantie, daß nicht doch aus irgendeinem Anlaß heraus diese Problematik plötzlich wieder eine Aktualität gewinnt. So meinte schon Jagusch[113] zu den in der Literatur zu § 105 a.F. vertretenen Meinungen: "Keine von ihnen ruht auf anschaulichen, gegenwärtigen Vorgängen.", und Niese[114] führt aus, daß es "an einer aus der Fülle des Lebens erwachsenen Problematik gefehlt" habe und auch die Rechtsprechung keine Gelegenheit gehabt habe, sich mit § 105 a.F. zu befassen. Dies änderte sich freilich durch den Zeitungsstreik des Jahres 1952 urplötzlich: "Der Mangel an Gelegenheit für die juristische Durchdringung des § 105 hat sich nun mit einem Schlage durch den Zeitungsstreik geändert. Dieser hat auch sofort die strafrechtswissenschaftliche Diskussion darüber in Gang gebracht, ob ein Streik gegen das Parlament eine Nötigung im Sinne des § 105 sein könne."[115]

Niemand wird sich, nur um "Anschauungsmaterial" für eine am "wirklichen Leben" orientierte juristische Durchdringung der hier infrage stehenden Materie zu erhalten, wünschen können, daß die einschlägigen Tatbestände so schnell wieder "Aktualität" gewinnen. Aber niemand kann sagen, wann nicht doch diese Vorschriften zu "neuem Leben erwachen". Für die Wissenschaft ist es

---

112) Zwar behandelte auch § 106 a.F. schon unzulässigen Zwang gegen einzelne Mitglieder der geschützten Organe, aber doch in einer so eng umgrenzten Form, daß § 106 a.F. für eine Diskussion im Zusammenhang mit dem politischen Streik praktisch ausschied. Näher dazu unten S.322.

113) LK 8. Auflage, Anm. 3 b) cc) zu § 105.

114) A.a.O., S. 115.

115) Niese, S. 116.

deshalb unerläßlich, bereits vorher eine Klärung der Problematik versucht zu haben, auch wenn die dabei angestellten Überlegungen und die zugrundegelegten Vorstellungen zwangsläufig "theoretisch" sind und nicht aus der "Fülle des Lebens" geschöpft. Dies ist m.E. nicht zuletzt auch ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit und zwar als Konsequenz aus dem auch verfassungsrechtlich abgesicherten Satz "nullum crimen sine lege" (Art. 103 II GG). Eine Vorschrift, gerade eine Strafrechtsnorm, gewinnt ihre konkrete Bedeutung ja erst durch die Auslegung, die Rechtsprechung und Wissenschaft ihr im einzelnen geben. Erst durch die praktische Anwendung und die wissenschaftliche Erörterung erhält sie ihre "lebendige Gestalt". Dies gilt umso mehr, je mehr eine Strafvorschrift sich von anschaulichen, in einfachen Tatbeständen beschriebenen und beschreibbaren Vorgängen (etwa § 212 Totschlag) entfernt und zur Regelung von komplexeren Lebenssachverhalten mit immer komplizierteren normativen Tatbestandsmerkmalen fortschreitet. Gerade die "Staatsschutzdelikte" dürften in diesem letzteren Sinne einen Hauptbeispielsfall darstellen. Gerade in einem Bereich, in dem nur eine spärliche Rechtsprechung vorliegt, muß die Wissenschaft aber um so mehr um eine Erfassung der Probleme bemüht sein. Denn es mutet doch eigenartig an, wenn, nachdem "der Fall eingetreten" ist, erst die wissenschaftliche Erörterung darüber beginnt, ob eine Vorschrift überhaupt anwendbar ist und wie sie eigentlich auszulegen ist usw.[116] Gerade der Zeitungsstreik des Jahres 1952 hat hierfür ein deutliches Beispiel gelehrt. Wenn aber bei einer Strafvorschrift erst "nach der Tat" die Diskussion beginnt, ob und wie sie anzuwenden ist, wird man dem 'Täter" kaum mehr einen Schuldvorwurf machen können. Die Wissenschaft muß sich daher bereits vorher mit den Phänomenen und ihrer strafrechtlichen Bewältigung auseinandergesetzt haben, wobei sie sich freilich in aller Bescheidenheit darüber im Klaren sein muß, daß sie bei ihrer Argumentation fast ausschließlich auf "theoretischen Überlegungen" aufbauen muß und kaum auf "praktische Anschauung" zurückgreifen kann.

---

116) So wurde behauptet, § 90 a.F. schließe § 105 a.F. aus. Ferner war äußerst umstritten, wie der Begriff "nötigen" in § 105 a.F. auszulegen sei. Hier wurden alle nur denkbaren Meinungen vertreten. Vgl. im einzelnen Niese, S. 114 ff. und unten S. 323 ff.

Die wissenschaftliche Klärung der strafrechtlichen Beurteilung des "politischen Kampfstreiks" hat aber nicht nur und nicht erst "Aktualität", wenn der "Fall eingetreten" ist; insofern ist es auch nicht zutreffend, wenn oben formuliert wurde, niemand könne sagen, "wann die einschlägigen Strafnormen zu neuem Leben erwachen". Denn das Wesen jeder Norm besteht ja gerade darin, daß sie "gilt", d.h. "rechtlich existiert", unabhängig davon, ob der vor ihr geregelte Lebenssachverhalt überhaupt im realen Leben verwirklicht wird bzw. unabhängig davon, ob ihre Gebote und Verbote von den Rechtsnorm-Unterworfenen befolgt werden oder nicht. Gerade die Strafrechtsnormen tragen ganz wesentlich Präventivcharakter, d.h. sie wollen und sollen durch ihre "Geltung" gerade die Verwirklichung des inkriminierten Verhaltens im realen Leben verhindern. Der Sinn der Strafrechtsnormen besteht doch primär nicht darin, denjenigen, der rechtswidrig und schuldhaft einen Straftatbestand verwirklicht hat, mit Strafe zu belegen; der Zweck und die Aufgabe der Strafrechtsnormen liegen vielmehr viel früher bereits darin, für die Rechtsunterworfenen deutlich die Grenzen zwischen sozial erlaubtem und sozial mißbilligtem Verhalten aufzuzeigen; sie sind immer und in erster Linie Appell an die freiwillige Erfüllung ihrer Gebote und Verbote. Erst wenn dieser Appell an die freiwillige "Einhaltung der Spielregeln" sich im Einzelfall als wirkungslos erwiesen hat, tritt der "Rechtsfolgenmechanismus" in kraft ("Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.")[117] Und hier ist an das oben Gesagte anzuknüpfen: Die Strafrechtsnormen können ihre "Mahnfunktion" ("Appell") nur dann sinnvoll und richtig erfüllen, wenn die Normunterworfenen überhaupt klar erkennen können, was die Norm gebietet bzw. verbietet. Gerade das "Streikphänomen", das dürften die bisherigen Ausführungen gezeigt haben, hat die unterschiedlichsten Ausprägungen im realen Leben nach Art und Erscheinungsform, aber auch der Zielsetzung; und gerade

---

117) Die "praktische Richtigkeit" dieser Auffassung zeigt sich schon alleine darin, daß die Strafjustiz hoffnungslos überfordert wäre, wenn nicht diese "Appellfunktion" der Straftatbestände primär wirksam wäre, so daß die Strafverfolgungsbehörden es also immer nur mit "Ausnahmefällen" aus der Unzahl von Fällen normgerechten Verhaltens zu tun haben.

das läßt auch eine ein für allemal "richtige" einfache rechtliche Bewertung weder im Verfassungs-, Arbeits- und Zivilrecht noch im Strafrecht zu. Schon der arbeitsrechtliche ("wirtschaftliche") Streik kann einmal sozial erlaubtes Mittel zur praktischen Verwirklichung des sogar verfassungsrechtlich geschützten Instituts der Tarifautonomie sein, er kann aber auch "sittenwidrig" sein, d.h. gegen das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" verstoßen, zum zivilrechtlichen Schadensersatz verpflichten und er kann schließlich sogar strafbares Unrecht sein. Bei einem so formenreichen, vielgestaltigen Phänomen, wie dem Streik, liegt das Erfordernis auf der Hand, klar festzustellen, wo vor allem die durch das Strafrecht gezogene Grenze des sozial erlaubten Verhaltens verläuft. Soweit dies den wirtschaftlichen Streik betrifft, ist dazu in den ersten drei Kapiteln einiges ausgeführt worden; zum "politischen Streik" sollen nun im folgenden wichtige Gesichtspunkte erörtert werden.

Diese Grenzziehung zwischen sozial erlaubtem und sozial verbotenem Tun hat aber eine zweifache Aufgabe: Sie soll zeigen, wo auch und gerade der Streik strafbares Unrecht darstellt; sie soll aber auch, als Kehrseite davon, aufzeigen, wo jedenfalls strafrechtlich erlaubtes Tun vorliegt, wo die "Freiräume" sind, die zur sozialen Verwirklichung und Selbstdarstellung genützt werden dürfen. So haben wir bereits oben kurz die wichtige Feststellung treffen können, daß "politische Demonstrationsstreiks" nicht nur verfassungsgemäß sind, sondern auch strafrechtlich irrelevant. Die strafrechtlichen Grenzen des "politischen Kampfstreiks" sollen nun aufgezeigt werden.

2.) Man kann durchaus zweifeln, ob es unbedingt erforderlich ist, § 88 StGB im Rahmen des "politischen Kampfstreiks" überhaupt zu erörtern. Bereits beim ersten Durchlesen der reichlich umfangreichen[118], erst im Zusammenhang mit den in § 92 StGB

---

118) Blei, BT, S. 332, meint zu § 88 StGB abfällig: "Wer die Bestimmung nicht nur liest, um sich dadurch in exaltierte Zustände versetzen zu lassen, erkennt leicht, daß die überfüllige Häufung objektiver und subjektiver Tatbestandsmerkmale für ihren völligen Leerlauf reichliche Gewähr bietet."

gegebenen Definitionen voll verständlichen Vorschrift wird deutlich, daß es dabei um "rechtsstaatsgefährdende Sabotage"[119] oder "verfassungsverräterische Sabotage"[120] geht. Von der "typischen" Nötigungshandlung durch einen Streik gegenüber einem Staatsorgan ist offensichtlich keine Rede. Zwar ist von gewissen "Störhandlungen" die Rede, die in bestimmten Betrieben zu einer Lähmung oder Stillegung des Betriebsablaufes führen, das läßt durchaus an Streik denken; und es muß damit die Absicht verfolgt werden, sich für Bestrebungen gegen den Bestand oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder gegen Verfassungsgrundsätze einzusetzen, das klingt nach "politisch". Aber insgesamt geht es bei § 88 StGB doch wohl mehr um Umsturz und Revolution, die durch "Störhandlungen", also Sabotage, vorbereitet werden sollen, als daß der "typische Fall" einer Nötigung eines Staatsorgans vorliegt. In der Tat läßt sich aus der heutigen Fassung des § 88 StGB kaum mehr entnehmen, welche Bedeutung in der Diskussion um die strafrechtliche Behandlung des "politischen Streiks" die Vorschrift in ihrer "alten Fassung" als § 90 StGB gehabt hat. Die Erörterung des heutigen § 88 StGB im Zusammenhang mit dem "politischen Streik" hat damit vor allem historische Gründe, und da die ohnehin spärliche Literatur zum "politischen Streik" fast ausschließlich zur alten Fassung, also § 90 StGB a.F., geschrieben wurde, erscheint es erforderlich, auf die Zusammenhänge einzugehen.

a) § 90 a.F., auf den § 88 n.F. im wesentlichen zurückgeht, lautete:

> "Wer in der Absicht, den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen, einen der in § 88 bezeichneten Verfassungsgrundsätze zu beseitigen, außer Geltung zu setzen oder zu untergraben oder eine solche Bestrebung zu fördern,
> 1.) eine Eisenbahn, die Post oder dem öffentlichen Verkehr dienende Unternehmen oder Anlagen,
> 2.) eine öffentlichen Zwecken dienende Fernmeldeanlage,
> 3.) eine der öffentlichen Versorgung mit Wasser, Licht, Wärme oder Kraft dienende Anlage oder einen für die Versorgung der Bevölkerung lebenswichtigen Betrieb oder
> 4.) der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit dienende Dienststellen, Einrichtungen, Anlagen oder Gegenstände

---

119) So Lackner, Anm. 1) zu § 88.

120) So Maurach, BT S. 572; ähnlich: Preisendanz, S. 400: "verfassungsfeindliche Sabotage"; Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber bei § 88; Blei, BT, S. 332.

durch Aussperrung, Streik, Störmaßnahmen oder sonstige Handlungen, die nicht nach den §§ 316 b, 317 strafbar sind, ganz oder teilweise außer Tätigkeit setzt oder den bestimmungsmäßigen Zwecken entzieht, wird mit Gefängnis bestraft."

Die Bedeutung des § 90 a.F. für die Diskussion des "politischen Kampfstreiks" erhellt damit mit einem Schlage: Hier war - durch das 1. Strafrechtsänderungsgesetz vom 30.8.1951 - der Streik erstmals ausdrücklich unter Strafe gestellt worden, wenn ihm eine staatsgefährdende Absicht zugrunde lag. Während vorher Sabotage, sofern nicht die Bestimmungen über gemeingefährliche Verbrechen (§§ 315 ff.) eingriffen, nur als "Wehrmittelsabotage" (§ 143 a, dann § 109 e) und "Wehrwirtschaftssabotage" (§ 2 der Wehrkraftschutzverordnung vom 25.11.1939, aufgehoben 1945) strafbar war, kam mit § 90 damals der Tatbestand der "verfassungsverräterischen Sabotage" neu ins Strafgesetzbuch, um dadurch auch im Bereich der Staatsgefährdungsdelikte die Strafnormen der Entwicklung der Lebenswirklichkeit anzupassen,[121] die neue, subtilere Kampfformen("kalter Krieg") hervorgebracht und entwickelt hatte.

aa) Daraus, daß damals in § 90 der Streik ausdrücklich unter Strafe gestellt wurde, wenn ihm eine staatsgefährdende Absicht zugrunde liegt, wurde denn auch prompt der Schluß gezogen, daß damit Kampfmaßnahmen ohne diese Absicht außerhalb des Bereichs

---

121) Zur Entstehungsgeschichte des § 90 a.F. siehe Maurach, BT ,4. Auflage, S. 534. - Ferner Daniel, a.a.O., S. 47 f.; Schafheutle, JZ 51, 611. - Der damalige Bundesjustizminister Dr. Dehler hatte damals in der 1. Lesung des StÄG vom 30.8. 1951 dazu u.a. ausgeführt: "Ähnlich wie in modernen Machtkämpfen zwischen den Nationen die Niederringung des Gegners häufig nicht durch die Anwendung der Gewalt, durch Krieg, versucht wird, sondern mit den Methoden - wir kennen sie - der Zermürbung der Widerstandskraft des Volkes, also mit den Methoden, die man als kalten Krieg zu bezeichnen pflegt, ist es auch im Kampf um die Macht im Staat üblich geworden, das plump gewordene Mittel einer mit Gewalt arbeitenden Revolution durch die raffinierten Methoden des kalten Hochverrats zu ersetzen, durch die Methoden, die erst durch die technische Entwicklung möglich geworden sind..." - Zitiert nach Daniel, S. 47 f., Fußnote 7.

strafrechtlicher Relevanz stünden.[122] Daniel[123] meinte damals schon zu Recht: "Zwar geben die Vertreter dieser Ansicht keine Begründungen für diese Folgerung, ganz gleich, wie sie aber auch lauten würden: sie wären unrichtig." Denn die Feststellung, daß ein bestimmtes Verhalten nur unter einer Vorschrift strafrechtlich relevant werden kann, im übrigen aber strafrechtlich unerheblich ist, läßt sich niemals von vorneherein nur aus einer einzigen Vorschrift ablesen. Zwar kommt es häufig vor, daß eine Strafvorschrift von einer anderen verdrängt wird; das setzt aber sog. "Gesetzeskonkurrenz" voraus, die wiederum nur vorliegt, wenn eine Handlung unter mehrere Strafgesetze fällt, von denen das eine das andere nach Maßgabe der einzelnen Erscheinungsformen der Gesetzeskonkurrenz, nämlich Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion, ausschließt.[124] Das bedeutet aber, daß immer erst aufgrund eines sorgfältigen Vergleichs zweier Tatbestände festgestellt werden kann, ob Gesetzeskonkurrenz vorliegt.

bb) So untersuchte denn auch etwa Sax[125] das Verhältnis zwischen dem "neuen" § 90 a.F. zu § 105 a.F. ("Parlamentsnötigung")[126] näher und er kam zu folgendem Ergebnis: Wenn in dem "neuen" § 90 (a.F.) die Lahmlegung staatswichtiger Betriebe und Einrichtungen "durch Aussperrung, Streik, Störmaßnahmen und sonstige Handlungen" in staatsgefährdender Absicht unter Strafe ge-

---

122) So etwa von Schafheutle, JZ 51, 618: "Eine Pönalisierung der Aussperrung oder des Streiks muß sich in dem engen Rahmen halten, der durch die staatsgefährdende Absicht gekennzeichnet ist." Ähnlich Schmidt-Leichner, NJW 51, 860: "Grundsätzlich handelt es sich hier, wie z.B. bei der Ausübung des Streikrechts überhaupt nicht um pönalisierte Handlungen. Einen strafbaren Charakter gewinnen sie erst dadurch, daß sie in der Absicht begangen werden, den Bestand der Bundesrepublik zu gefährden oder die Verfassungsgrundsätze des § 88 anzutasten..."

123) A.a.O., S. 46.

124) Vgl. im einzelnen dazu etwa Dreher-Tröndle, Rdn. 17 ff. vor § 52; Preisendanz, Anm. III vor § 52; Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, BT, Rdn. 57 ff. vor § 52.

125) Sax, NJW 53, 36.

126) § 105 a.F. lautete: "Wer es unternimmt, ein Gesetzgebungsorgan des Bundes oder eines Landes auseinander zu sprengen, zur Fassung oder Unterlassung von Beschlüssen zu nötigen oder Mitglieder aus ihnen gewaltsam zu entfernen, wird mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren oder mit Einschließung von gleicher Dauer bestraft."

stellt sei, so seien damit "mittelbare Druckmaßnahmen, insbesondere Streik und Aussperrung, aus dem Anwendungsbereich des § 105 herausgenommen", zumal dem Strafrahmen in § 90 für den Streik in staatsgefährdender Absicht von 1 Tag Gefängnis bis 5 Jahre Zuchthaus ein solcher bei § 105 für die Parlamentsnötigung ohne staatsgefährdende Absicht von 1 Jahr Einschließung bis 15 Jahre Zuchthaus gegenüberstehe.

cc) Diese Argumentation übersieht jedoch zwei Dinge: Einmal verkennt sie die unterschiedliche kriminalpolitische Zielsetzung der genannten Vorschriften, zum anderen liegt gerade kein Fall von Gesetzeskonkurrenz vor, der allein dazu führen könnte, "den Streik aus § 105 (a.F.) herauszunehmen". § 90 a.F. wurde, wie bereits erwähnt[127], 1951 neu geschaffen, um den "modernen Formen der kalten Revolution" wirksamere Abwehrmittel des Strafrechts entgegenzustellen. Die Vorschrift ist bewußt in ihren subjektiven ("Absicht... Verfassungsgrundsätze... zu untergraben oder eine solche Bestrebung zu fördern") und objektiven ("sonstige Handlungen", die für die öffentliche Ordnung und Sicherheit wichtige Einrichtungen und Anlagen... "teilweise außer Tätigkeit setzen oder den bestimmungsmäßigen Zwecken entziehen") Tatbestandsmerkmalen ungewöhnlich weit, um bereits im Vorfeld eines Umsturzversuches jegliche staatsgefährdende Aktionen unterbinden zu können. Gerade im Bereich des Staatsschutzes kommt es ja entscheidend darauf an, bereits rechtzeitig den Anfängen zu wehren, ehe Zustände eingetreten sind, die den Staat unrettbar in Chaos und Bürgerkrieg versinken lassen. Damit ist § 90 a.F. als Gefährdungsdelikt mit dem denkbar weitesten Anwendungsbereich zu verstehen. Demgegenüber erfaßt § 105 einen bereits erfolgten sehr konkreten Angriff auf die Willensbildung eines der wichtigsten Staatsorgane, nämlich des Gesetzgebers.[128]

---

127) Vgl. Fußnote 121.

128) Insofern ist das Argument von Sax irreführend, bei § 105 werde im Gegensatz zu § 90 a.F. eine staatsgefährdende Absicht nicht verlangt. Hier wäre doch zu fragen, wie denn der bereits erfolgte massive Nötigungszwang auf den Gesetzgeber verfassungsrechtlich zu qualifizieren ist. Die Antwort ist auf S.285ff nachzulesen.

Daraus aber ergibt sich notwendigerweise der von Sax beargwöhnte Unterschied in den Strafrahmen ganz von selbst.[129]

Schließlich und vor allem aber bedeutet die Erwähnung des Streiks in § 90 a.F. als eines von vielen tatbestandsmäßigen Sabotagemitteln doch in keiner Weise, daß er damit für den Bereich des § 105 a.F. als mögliche Begehungsform der Parlamentsnötigung ausgeschlossen worden wäre. In § 90 a.F. fungiert der Streik doch als eines von vielen anderen Mitteln zur Still- oder Lahmlegung der dort näher bezeichneten wichtigen Betriebe: Es soll mit dem Streik, wie den anderen genannten Mitteln auch, schlichtweg ein wirtschaftlicher Schaden hervorgerufen werden, der freilich im Verein mit anderen "Sabotagemaßnahmen" den Bestand des Staates und seiner Verfassungsgrundsätze erschüttern soll. Nicht aber spielt der Streik in § 90 a.F., darauf wurde eingangs[130] ja schon hingewiesen, die Rolle eines Nötigungsmittels. Kurz formuliert: Bei § 90 a.F. soll der Streik dem Staat Schaden zufügen, nicht aber soll er staatlichen Willen beugen. Damit steht aber fest, daß § 90 a.F. keinerlei Nötigungscharakter hat, während § 105 a.F. gerade ein typisches Nötigungsdelikt darstellt (und den Begriff "nötigen" auch ausdrücklich verwendet). Gesetzeskonkurrenz[131] könnte aber nur angenommen werden (mit der Konsequenz, daß § 90 a.F. den § 105 a.F. verdrängt), wenn

a) § 90 a.F. einen schon von § 105 a.F. allgemeiner erfaßten Sachverhalt durch Hinzutreten weiterer Merkmale besonders regeln würde ("Spezialität")[132] oder

---

129) Bei § 88 n.F. (als "Nachfolger" von § 90 a.F.) bzw. § 105 n.F. liegen die Verhältnisse ähnlich, wenn auch gemildert: Bei § 88 n.F. Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe, bei § 105 n.F. 1 Jahr bis 10 Jahre Freiheitsstrafe (in minder schweren Fällen 6 Monate bis 5 Jahre Freiheitsstrafe). - Wie unten S.308f.dargelegt, spielt die hier vorliegende Problematik auch für das neue Recht durchaus eine Rolle. Aus Gründen der einfacheren sprachlichen Darstellung wurden hier jedoch zunächst die Paragraphen in alter Fassung zitiert, da ja auch die erwähnte - alte - Literatur diese verwendet.

130) S.302 ff.

131) Die folgende Formulierung lehnt sich an die abstrakten Kriterien bei Dreher-Tröndle, Rdn. 18 ff. vor § 52 an.

132) Das ist nach dem eben Ausgeführten gerade nicht der Fall.

b) § 105 a.F. nur hilfsweise gelten soll, falls nicht schon § 90 a.F. die Strafbarkeit ausspricht ("Subsidiarität")[133] oder

c) § 90 a.F., ohne daß Spezialität vorliegt, seinem Wesen und Sinn nach den gleichfalls anwendbaren § 105 a.F. so umfaßt, daß § 105 a.F. in § 90 a.F. aufgeht ("Konsumtion"); die Straftat des § 105 a.F. muß die regelmäßige Erscheinungsform der Tat des § 90 a.F. sein.[134]

Da diese Voraussetzungen ganz offensichtlich nicht zutreffen, steht damit fest, daß § 90 a.F. und § 105 a.F. zwei völlig selbständig nebeneinander stehende und nebeneinander anwendbare Tatbestände sind. Das gleiche gilt aber auch von den Neufassungen dieser Bestimmungen, nämlich § 88 n.F. und § 105 n.F. Auch § 105 n.F. ist seinem Wesen nach ein typisches Nötigungsdelikt ("Wer... rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt nötigt..."), während auch § 88 n.F. nichts von seinem Charakter als "verfassungsverräterische Sabotage" verloren hat, d.h. die verfassungsfeindliche Schädigung und nur diese, nicht auch irgendwelche Formen der Nötigung von Staatsorganen tatbestandlich umschreibt. Nun könnte man freilich meinen, das ganze erörterte Problem des Verhältnisses zwischen § 88 n.F. (§ 90 a.F.) und § 105 n.F. (bzw. a.F.) habe sich ebendadurch erledigt, daß § 88 n.F. ja in der Fassung des 8. StÄG den Streik nun nicht mehr ausdrücklich erwähnt. Das ist allerdings ein zusätzliches Argument für die hier entwickelte und vertretene Auffassung, wonach die Anwendung des § 105 n.F. in keiner Weise durch § 88 n.F. ausgeschlossen ist. Indessen bedeutet die Tatsache, daß der Streik (ebenso wie die anderen früher genannten Sabotagemittel "Aussperrung, Störmaßnahmen oder sonstige Handlungen") jetzt nicht mehr ausdrücklich erwähnt

---

133) Die Subsidiarität muß nicht ausdrücklich im Gesetz genannt sein. Sie kommt hier aber nicht in Betracht wegen der unterschiedlichen Rechtsgüter, der Verschiedenheit der Angriffsrichtung und schließlich könnte rein "formal" schon ein Gefährdungstatbestand (§ 90 a.F.) niemals einen (auf das gleiche Rechtsgut gerichteten) Verletzungstatbestand (§ 105 a.F.) zurücktreten lassen (das zeigt sich, wie dargelegt, übrigens auch an den Strafrahmen). Vgl. auch Dreher-Tröndle, Rdn. 19 vor § 52.

134) Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, daß § 90 a.F. ("verfassungsverräterische Sabotage") natürlich nicht regelmäßig eine Parlamentsnötigung (§ 105 a.F.) miteinschließt.

wird, nach einhelliger Meinung[135] keinesfalls, daß Streik (und Aussperrung) nunmehr als mögliche Sabotagemittel weggefallen wären[136], vielmehr umfaßt der jetzige Sammelbegriff der "Störhandlungen" grundsätzlich auch weiterhin Streik und Aussperrung.[137] Damit erschien es aber erforderlich, deutlich zu machen, daß die früher immerhin von namhaften Autoren vertretene Auffassung, der Sabotagetatbestand des § 90 a.F. bzw. § 88 n.F. verdränge den Tatbestand der Parlamentsnötigung, § 105 a.F. bzw. n.F., unhaltbar ist. Damit könnte man die Diskussion des § 88 n.F. abschließen, da er, wie gezeigt, jedenfalls kein typisches Nötigungsdelikt ist und somit eigentlich den Rahmen der strafrechtlichen Erörterung des "politischen Kampfstreiks" im hier vertretenen Sinne sprengt. Andererseits spielte dieser Tatbestand in der früheren Strafrechtsdiskussion um den "politischen Streik" eine nicht unerhebliche Rolle, und die vorliegende Arbeit wäre sicher unvollständig, wenn sie nicht kurz auch einige Erörterungen dazu anstellen würde, zumal der Streik auch heute noch nach h.M. mögliches Tatmittel ist.

b) Aussperrung und Streik wurden durch die Wahl des Begriffs "Störhandlungen" also nicht von vorneherein dem Anwendungsbereich des § 88 n.F. entzogen. Meines Erachtens müßte sich an diese sicher richtige Auffassung aber sofort die Frage anschließen, ob durch die Neuformulierung nicht vielleicht eine Möglichkeit geschaffen worden ist, jedenfalls gewisse Arten des Streiks aus dem Begriff der "Störhandlungen" herauszunehmen. Schönke-Schröder[138] führen dazu aus: "Die Störhandlung muß rechtswidrig sein.

---

135) Maurach, BT 5. Aufl., S. 572 f.; Dreher-Tröndle, Rdn. 4 zu § 88; Lackner, Anm. 3 zu § 88; Preisendanz, Anm. 3 zu § 88; Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, BT, Rdn. 11 zu § 88. Schönke-Schröder, Rdn. 12 zu § 88. - A.A. Willms, LK Rdn. 3 zu § 88: Der Gesetzgeber habe mit der Verwendung des "farblosen und im Grunde überflüssigen" Begriffs der Störhandlung "vor allem auch die Ausscheidung des Streiks als Mittel des Arbeitskampfes aus dem Tatbestand im Auge" gehabt.

136) Zu einer Einschränkung nach hier vertretener Ansicht allerdings sogleich unten S. 308 ff.

137) Die Neufassung ist meines Erachtens zu begrüßen, da sie - ohne zu sachlichen Unklarheiten zu führen - eine sprachliche Vereinfachung des ohnehin reichlich komplizierten Tatbestandes bedeutet. Zudem ist die etwas eigenartige Diskrepanz in § 90 a.F. zwischen der genauen Einzelbeschreibung von Streik und Aussperrung einerseits und dem konturenlosen Begriff der "sonstigen Handlungen" aufgehoben, indem jetzt durch den Begriff der "Störhandlungen" zugleich klargestellt ist, daß ein finales Element der Störung erforderlich ist.

138) Rdn. 18 zu § 88.

Daran kann es z.B. bei Ausübung des Widerstandsrechtes oder in Fällen von Aussperrung und Streik fehlen." Ähnlich formulieren Dreher-Tröndle[139] und Lackner[140], d.h. diese Autoren rechnen unter den Begriff der "Störhandlung" im Sinne des § 88 n.F. nach wie vor jeden Streik, wie dies unter der Geltung des § 90 a.F. angesichts des eindeutigen Wortlauts auch wohl kaum zu umgehen war; erst bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit werden dann Fälle wie der arbeitsrechtlich zulässige Streik (oder die zulässige Aussperrung oder das Widerstandsrecht gem. Art. 20 IV GG) ausgeschieden. Dagegen wendet sich Willms[141]: "Aktionen, die durch Art. 20 Abs. 4 GG gedeckt sind, können so wenig tatbestandsmäßig sein wie reine Arbeitskämpfe." Damit stellt sich aber die Frage, was mit dem Begriff der "Störhandlung" in § 88 n.F. richtigerweise gemeint ist.

aa) Man könnte annehmen, der Begriff der "Störhandlung" stelle ein gesondert zu prüfendes Tatbestandsmerkmal des § 88 dar, so daß man darunter im allgemeinsten, weitesten Sinne alle nur denkbaren Handlungen subsumieren könnte, die nur in irgendeiner Weise eine "Störung" im Sinne einer Abweichung vom regelmäßigen Ablauf von Vorgängen darstellen. Bei dieser Betrachtungsweise wäre es durchaus vertretbar, auch den wirtschaftlichen Streik als den gewöhnlichen Arbeitsablauf störende "Regelwidrigkeit" und damit als "Störhandlung" zu qualifizieren. Indessen müßte diese Auffassung doch ein gewisses Unbehagen hervorrufen, einen arbeitsrechtlich zulässigen (und damit auch verfassungsrechtlich geschützten) Streik als Mittel der verfassungsverräterischen Sabotage anzusehen. Freilich hatten wir bei der Erörterung des arbeitsrechtlichen Streiks im Zusammenhang mit § 240 gesehen, daß auch hier selbst ein arbeits- und verfassungsrechtlich zulässiger Streik zunächst einmal tatbestandsmäßig im Sinne des § 240 ist und erst eine Diskussion der Relationsformel des § 240 II klärt, daß ein arbeitsrechtlich rechtmäßiger Streik auch strafrechtlich nicht rechtswidrig und damit "selbstverständlich" auch strafrechtlich irrelevant ist. Diese Betrachtungsweise war bei § 240 wegen der

---

139) Rdn. 9 zu § 88.

140) Anm. 3 zu § 88. - Ebenso Preisendanz, Anm. 3 zu § 88; Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, BT, Rdn. 16 zu § 88.

141) LK, Rdn. 9 zu § 88 - Vgl. auch oben Fußnote 135.

besonderen Struktur des § 240 als "offener Tatbestand" unausweichlich.[142] Wenn man jedoch § 88 aufmerksam durchliest, merkt man sehr schnell, daß das Tatbestandsmerkmal der "Störhandlungen" im Grunde genommen überflüssig ist. Willms[143] führt zu der Funktion des Begriffes der "Störhandlung" zutreffend aus: "Der farblose und im Grunde überflüssige Begriff der Störhandlung soll einmal der Kennzeichnung der an sich schon durch die übrigen Merkmale des Tatbestandes angezeigten Regelwidrigkeit des Eingriffs dienen, die hier sowohl im technischen wie im sozialen Sinne (bestimmungsfremde Ziele) zu verstehen ist, andererseits unterstreicht er, daß ein Unterlassen nur tatbestandsmäßig sein soll, wenn es nach den gegebenen Umständen der Verwirklichung des Tatbestandes durch ein Tun gleichwertig ist..." Das bedeutet aber, daß dem Begriff der "Störhandlungen" keine eigenständige tatbestandsbeschreibende Funktion zukommt; entscheidend ist bei § 88 vielmehr, daß die dort näher beschriebenen Störungsfolgen in verfassungsverräterischer Absicht herbeigeführt werden. Daß dies durch "Störhandlungen" geschieht, ist weitgehend sprachlich ausschmückend zu verstehen, der Sache nach aber selbstverständlich und bezeichnet somit kein eigentlich gesondert zu prüfendes Tatbestandsmerkmal.[144] Dieselbe Auffassung vertritt auch Maurach[145], wenn er schreibt: "Diese (in § 88 genannten, Anm. d. Verf.) Einrichtungen müssen ganz oder zum Teil außer Tätigkeit gesetzt oder den bestimmungsmäßigen Zwecken entzogen werden. Alle Störhandlungen, die diesen Effekt herbeiführen, sind geeignete Tatmodalitäten." Und Maurach zieht daraus auch die richtige Schlußfolgerung, daß der "legitime, im Arbeitskampf zulässigerweise gebrauchte Streik" für den Begriff der "Störhandlung" ausscheidet, "weil bei ihm die tatbestandskonstitutive verfassungsverräterische Absicht fehlt".[146]

---

142) Vgl. dazu oben S.139 Fußnote 329.

143) LK 9. Auflage, Rdn. 3 zu § 88.

144) Wie Willms richtig ausführt, hat der Begriff der "Störhandlungen" bei Unterlassungstaten eine klarstellende Funktion und mag insoweit sinnvoll sein. Darüberhinaus, darauf kommt es in diesem Zusammenhang alleine an, hat er aber keine gesondert zu prüfende Funktion der Tatbestandskonkretisierung.

145) BT, 5. Auflage, S. 572 (Hervorhebung d. d. Verfasser).

146) A.a.O., S. 573.

Willms weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß der Gesetzgeber mit der Verwendung des Begriffes der Störhandlung vor allem auch die Ausscheidung des Streiks als Mittel des Arbeitskampfes aus dem Tatbebestand im Auge gehabt habe.[147]

bb) Damit bleibt festzuhalten, daß jedenfalls der arbeitsrechtlich zulässige wirtschaftliche Streik als Arbeitskampf zur Verbesserung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nicht unter den Begriff der "Störhandlungen" im Sinne des § 88 fällt, damit also bereits nicht tatbestandsmäßig im Sinne des § 88 ist.[148] Problematisch bleibt damit freilich, ob auch arbeitsrechtlich unzulässige Streiks, die aber wirtschaftliche Ziele verfolgen, auch ausgenommen sind oder nicht. Maurach meint dazu: " 'Wilde', insbesondere als politisches Druckmittel gebrauchte Streiks können dagegen tatbestandsmäßig sein." Dieser Satz zeigt die ganze "Tragik der Begriffsverwirrung" im Bereich des Streikrechts. "Wilde Streiks" sind nach h.M. solche, die nicht gewerkschaftlich organisiert sind;[149] inwiefern "als politisches Druckmittel gebrauchte Streiks" einen "typischen Unterfall" ("insbesondere") hierzu darstellen sollen, ist nicht ersichtlich. Auch und gerade gewerkschaftlich organisierte Streiks können "politische Streiks" sein, wie gerade der Zeitungsstreik des Jahres 1952 bewiesen hat. Die Begriffsbildung liegt doch hier auf jeweils ganz verschiedenen Ebenen: Einmal unterschieden nach dem Organisator des Streiks ("wilde" bzw. "gewerkschaftlich organisierte" Streiks), zum anderen nach dem Kampfziel ("wirtschaftlicher" Streik bzw. "politischer" Streik). Und auch der Ausdruck "als politisches Druckmittel gebrauchte Streiks" ist mißverständlich. Wie oben ausgeführt[150], liegt dem Tatbestandsbild des § 88 gerade keine typische Nötigungshandlung ("Druckmittel") gegenüber Staatsorganen zugrunde, sondern vielmehr die "blanke Schadenszufügung", um dadurch verfassungsverräterische Ziele zu unterstützen. Jedenfalls erfaßt § 88 mit Sicherheit gerade nicht den typischen Fall des "politi-

---

147) LK, Rdn. 3 zu § 88.

148) Maurach, BT, S. 573; Willms LK, Rdn. 9 zu § 88.

149) Dazu oben S. 105 ff., 121 ff.

150) S. 307.

schen Streiks" im Sinne der oben gegebenen Definition des Willenszwangs auf Staatsorgane.[151] Auch hier besteht der Verdacht, daß der Begriff "politisch" in seiner weitesten, konturenlosen Bedeutung verwendet wird, der ja auch arbeitsrechtliche Streiks "politisch" sein läßt, wenn sie nur entsprechende Auswirkungen auf die Allgemeinheit und in diesem Sinne "politische" Auswirkungen haben.[152] Der Sache nach wird man Maurach aber, das zeigt die Gegenüberstellung zum "legitimen, im Arbeitskampf zulässigerweise gebrauchten Streik", so verstehen müssen, daß nur der arbeitsrechtlich zulässige Streik nicht tatbestandsmäßig im Sinne des § 88 ist. Nun könnte man allerdings einwenden, auch ein "wilder", d.h. nicht gewerkschaftlich organisierter Streik könne - und wird in der Regel auch - eine wirtschaftliche Zielsetzung haben, wiewohl er nach h.M. arbeitsrechtlich rechtswidrig ist.[153] Das ist sicher richtig und wird im Regelfall auch dazu führen, daß § 88 auf einen "wilden Streik" nicht anwendbar ist. Nur meine ich, daß das arbeitsrechtliche Rechtswidrigkeitsurteil bereits einen deutlichen Hinweis darauf gibt, daß der von der Rechtsordnung zur Verwirklichung der Tarifautonomie der Sozialpartner zur Verfügung gestellte Freiraum überschritten worden ist. Wenn man die mit jedem Streik nicht nur für die Arbeitgeber, sondern meist auch für die Allgemeinheit verbundenen Schäden bedenkt, muß man meines Erachtens jede arbeitsrechtlich konstatierte Rechtswidrigkeit eines Streiks als ernsten Anlaß zu sorgfältiger Prüfung auch in strafrechtlicher Hinsicht ansehen. Das wird gerade auch deutlich, wenn man an die Fälle von Streik denkt, die deshalb rechtswidrig sind, weil die Streikorganisatoren von vorneherein planmäßig strafbare Handlungen und Gewalttätigkeiten in den Streik miteinbeziehen. So können bei § 88 anerkanntermaßen taugliche Störhandlungen etwa das Errichten von Sperren zum Abhalten von Arbeitswilligen, Unterbrechen der Telefonverbindungen eines Werkes u.ä. sein;[154] damit ist es aber selbstverständlich, daß auch ein Streik, der solche Handlungen planmäßig miteinbezieht, eine "Stör-

---

151) S. 265.

152) Vgl. oben S. 263.

153) Dazu oben S.121 ff.

154) Maurach, a.a.O., S. 573.

handlung" ersten Ranges im Sinne des § 88 sein kann. Mit anderen Worten: Aus der Zielsetzung und Art der Durchführung läßt sich nur beim arbeitsrechtlich rechtmäßigen Streik von vorneherein ausschließen, daß er nicht unter § 88 fällt. Bei allen anderen - arbeitsrechtlich rechtswidrigen - Streikformen läßt sich dies jedoch nicht ohne weiteres feststellen; hier ist eine genaue Prüfung des Tatbestandes des § 88 unerläßlich, um die Mittel und Intentionen des betreffenden Streiks zuverlässig beurteilen zu können.

cc) Dagegen gilt das für den rechtmäßigen wirtschaftlichen Streik Ausgeführte in gleicher Weise auch für die Ausübung des Widerstandsrechts gem. Art. 20 IV GG.[155] Auch hier fallen richtigerweise durch das Widerstandsrecht gedeckte Handlungen schon nicht unter den Begriff der "Störhandlungen", da auch bei ihnen die tatbestandskonstitutive verfassungsverräterische Absicht fehlt, im Gegenteil: Durch den Widerstand soll die verfassungsmäßige Ordnung ja gerade erhalten bleiben.[156]

c) Die Fassung des § 90 a.F. war vor allem von Daniel[157] scharf angegriffen worden. Er meinte, diese Strafvorschrift stelle, was ihre Formulierung anbetreffe, ein "Musterbeispiel" dar, die Klarheit der Formulierung besage allerdings noch nichts über den praktischen Wert dieser Bestimmung. So kritisierte er, daß bei den Streikenden es sehr schwer sein dürfte, die innere Tatseite festzustellen; denn nur in seltenen Fällen werde sich nachweisen lassen, daß diese den Sinn und Zweck ihrer Arbeitsniederlegung gekannt und nicht nur gestreikt haben, weil ihre Gewerkschaftsführung sie dazu aufgerufen hat. Hinzu komme, daß es sich zumindest bei den in § 88 a.F. (jetzt § 92 II n.F.) genannten Verfassungsgrundsätzen um Rechtsbegriffe handele, deren Bedeutung der Mehrzahl von ihnen ohnehin unbekannt sein dürfte.

Die Beantwortung dieser Kritik muß in zweifacher Hinsicht erfolgen:

---

155) Dazu oben S. 293 ff.

156) So auch Willms, LK Rdn. 9 zu § 88; A.A., d.h. Ausschluß der Rechtswidrigkeit, Schönke-Schröder, Rdn. 18 zu § 88; Dreher-Tröndle, Anm. 9 zu § 88; vgl. auch Fußnoten 139 ff.

157) A.a.O., S. 4 ff.

aa) Daniel ist grundsätzlich darin zuzustimmen, daß bei einem Streik die weitaus überwiegende Zahl der Arbeitnehmer in Erfüllung ihrer Verbandspflicht die Arbeit niederlegen wird, ohne sich selbst allzuviele Gedanken darüber zu machen, welche Folgen durch ihre Arbeitseinstellung angestrebt werden. Dieser Befund deckt sich mit der auch hier vertretenen Ansicht[158] zum Streik allgemein, wonach es kriminalpolitisch erstrebenswerter ist, die "Hintermänner" und Organisatoren eines strafrechtlich relevanten Streiks zur Verantwortung zu ziehen, als die vielen "kleinen Mitläufer", die meist die Zusammenhänge der gesamten Streikaktion nicht durchschauen und tatsächlich im Vertrauen auf ihre Gewerkschaftsführung und in Erfüllung ihrer vermeintlichen Verbandspflicht glauben, "mitmachen" zu müssen.

Diese Konsequenz hat der Gesetzgeber nun auch bei § 88 n.F. erfreulicherweise gezogen; denn jetzt ist nur mehr Täter, "wer als Rädelsführer oder Hintermann einer Gruppe oder, ohne mit einer Gruppe oder für eine solche zu handeln, als einzelner" den Tatbestand erfüllt. Da bei einem Streik als kollektive Maßnahme der Fall des Einzeltäters ausscheidet, sind nur mehr "Rädelsführer" und "Hintermänner" als Täter des § 88 n.F. strafbar. "Rädelsführer" ist, wer "maßgeblichen Einfluß auf die Tätigkeit der Partei (in unserem Zusammenhang: der Gruppe, Anm. d. Verf.) gehabt und deren Bestrebungen tatsächlich gefördert hat"[159]; das Gesetz will die "Drahtzieher" erfassen, die entweder zu den Führungskräften gehören oder an der Führung mitwirken, wobei auch die Finanzierung bestimmter Vorhaben oder Wahrnehmung von wirtschaftlichen oder technischen Aufgaben ausreichen kann.[160] "Hintermann" ist, wer geistig oder wirtschaftlich Wesentliches für die Gruppe leistet, dabei jedoch im Hintergrund bleibt, sich also in der eigentlichen Arbeit der Gruppe nicht exponiert, z.B. durch Finanzierung oder technische Anweisungen; der "Hintermann" ist regel-

---

158) Oben S. 191.

159) Schönke-Schröder, Rdn. 10 zu § 84; vgl. auch BGHSt 6, 130. Ähnlich Dreher-Tröndle, Rdn. 4 zu § 84, Preisendanz, Anm. 5a zu § 84 und Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, BT, Rdn. 10 zu § 84, die aber wesentlich auf die Mitgliedschaft abstellen, so auch BGHSt 18, 296.

160) BGHSt 19, 110.

mäßig nicht Mitglied der Gruppe.[161] Damit sind aber genau diejenigen Personen erfaßt, seien es Mitglieder der Gruppe (z.B. einer Gewerkschaft) oder auch Außenstehende, die geistig und wirtschaftlich die Zügel derartiger Aktionen in der Hand haben. Bei diesen Personen, darauf ist sogleich einzugehen, gelingt aber ein Nachweis der Tatbeteiligung einschließlich aller subjektiven Momente, der gerade beim einzelnen "Mitläufer" so schwer zu erbringen ist, im allgemeinen ohne allzu große Schwierigkeiten. Die "kleinen Mitläufer" dagegen sind, wie aus der positiven Regelung des § 88 zu schließen ist, nunmehr überhaupt straflos.[162] Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber[163] führen hierzu treffend aus: "Sinn dieser Regelung ist es, bei der Verwirklichung der Tat durch eine Gruppe allein diejenigen strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, die für den Eingriff im ganzen verantwortlich sind, und bloße Mitläufer straflos zu lassen. Daraus folgt auch, daß die anderen Gruppenmitglieder nicht als Teilnehmer bestraft werden können."

Damit dürfte die Neuregelung den entscheidenden Punkt insofern getroffen haben, als nur mehr die "Rädelsführer" und "Hintermänner" als Täter belangt werden: Dies entspricht kriminalpolitisch deren exponierter Stellung bei derartigen Aktionen und ist zu billigen. Erfreulich ist darüber hinaus aber auch die Tatsache, daß diese "Drahtzieher" auch mit größter Wahrscheinlichkeit zur Rechenschaft gezogen werden können; denn nichts ist einer Strafrechtsnorm abträglicher, als wenn - in der durchaus besten Absicht - Verbote aufgestellt werden, deren Übertretung nicht geahndet werden kann, weil es im Einzelfall nicht möglich ist, den erforderlichen Nachweis zu führen. Insofern hat der Gesetzgeber sich meines Erachtens bei der Neufassung des § 88 eine "weise Selbstentscheidung" auferlegt, indem er nur mehr denjenigen als Täter bestraft, dem er im Regelfall bei einem Verstoß auch den entsprechenden Schuldnachweis liefern kann.

---

161) Schönke-Schröder, Rdn. 11 zu § 84, m.w.Nachw.; ähnlich Dreher-Tröndle, Rdn. 4 zu § 84, Preisendanz, Anm. 5b zu § 84 und Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, BT, Rdn. 10 zu § 84, die hier konsequent nur Außenstehende zulassen.

162) So richtig die h.M., z.B. Dreher-Tröndle, Rdn. 7 zu § 88; Willms,LK Rdn. 7 zu § 88; a.A. Schönke-Schröder, Rdn. 16 zu § 88, die "Mitläufer" wegen Beihilfe, § 27 StGB, bestrafen wollen.

163) Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, Anm. zu § 88.

Denkbar wäre freilich auch eine Lösung gerade in der anderen Richtung gewesen, wie Daniel[164] sie gefordert hatte. Er meinte, es wäre - bei § 90 a.F. - "praktischer" gewesen, Streiks in den vom Gesetz genannten Betrieben bis auf den Bereich der Lohn- und Arbeitsbedingungen generell unter Strafe zu stellen. "Der das Gesetz anwendende Richter wäre dann der Aufgabe enthoben, den Streikenden eine staatsgefährdende Absicht nachzuweisen und könnte sich auf die Untersuchung beschränken, ob es sich um einen Streik zur Durchsetzung von Lohn- oder Gehaltsbedingungen gehandelt hat."[165] "Praktischer" im Sinne von "einfacher" wäre ein generelles Streikverbot in den Betrieben des § 88 n.F. (außer dem wirtschaftlichen Streik) möglicherweise gewesen. Nur wäre die Frage zu stellen, ob "einfache Lösungen" im Rechtsstaat nicht meist eine unverhältnismäßige Einschränkung von Rechten zwangsläufig nach sich ziehen. "Eine gleichmäßige Behandlung aller Streikteilnehmer"[166] erreicht Daniel auf die von ihm vorgeschlagene Weise sicherlich, indem jeder Angehörige eines Betriebes der in § 88 genannten Art, der an einem nicht-wirtschaftlichen Streik teilnimmt, als Täter zu erfassen ist und strafrechtlich belangt werden kann. Es müßte dann aber sorgfältig geklärt werden, ob als strafrechtlich zulässige Streiks nur gewerkschaftlich organisierte Streiks mit wirtschaftlichem Ziel in Betracht kommen bzw. welche weiteren Einschränkungen vorzunehmen wären; denn feststeht ja, daß keineswegs jeder wirtschaftliche Streik auch arbeitsrechtlich rechtmäßig ist, vielmehr, wie ausführlich erörtert, eine Unzahl von Kriterien der Rechtmäßigkeit zu prüfen ist. Hier im Straftatbestand genaue Kriterien anzugeben - und wegen der Garantiefunktion der Straftatbestände ist dies unerläßlich - dürfte sehr schwer fallen und auch zu großen politischen Schwierigkeiten im Parlament führen. So sei nur etwa daran erinnert, daß eine nicht zu übersehende Mindermeinung sich schon seit langem gegen das "Streikmonopol der Gewerkschaften" richtet, das sich daraus ergibt, daß h.M. und BAG den "wilden Streik" für rechtswidrig hal-

---

164) A.a.O., S. 49 ff.

165) A.a.O., S. 49 f.

166) Daniel, S. 50.

ten.[167] Sollte also beispielsweise durch ein derartiges Tatbestandsmerkmal des "gewerkschaftlich organisierten (wirtschaftlichen) Streiks" in einer Strafrechtsnorm ein Rechtszustand "zementiert" werden, der heute bereits heftig angegriffen wird und damit einer sinnvollen "sozialen Evolution" der Weg verbaut werden? Ich hielte es jedenfalls für einen bedenklichen Einbruch in die Streikfreiheit[168], wenn z.B. nicht gewerkschaftlich organisierte Streiks in zahlreichen Betrieben von vorneherein generell strafrechtlich sanktioniert wären. Gerade die Erörterung des arbeitsrechtlichen Streiks im Hinblick auf § 240 StGB hat, meine ich, gezeigt, daß ein Eingreifen des Strafrechts in "Streikphänomene" nur in wirklich gravierenden Ausnahmefällen erfolgen sollte und auch nur dort erforderlich ist. Oder anders ausgedrückt: In der Vielfalt des Arbeitslebens können immer wieder Fälle auftauchen, in denen spontan zum Mittel des nicht gewerkschaftlich organisierten Streiks gegriffen wird, die damit vielleicht arbeitsrechtlich rechtswidrig sein mögen, aber gewiß nicht immer eine strafrechtliche Ahndung zwingend erfordern.[169]

Nun könnte man natürlich auch alle derartigen Beschränkungen beiseite lassen und von der Strafsanktion die "wirtschaftlichen Streiks" schlechthin ausnehmen. Dann allerdings dürfte der von Daniel verfolgte Zweck einer umfassenden Gefahrenvorsorge[170] vor unerwünschten Streiks kaum mehr gewährleistet sein; denn alleine der Umstand, daß um "höhere Löhne" gestreikt wird, schließt doch nicht aus, daß daneben und eigentlich ganz andere Ziele, z.B. verfassungsverräterischer Art, von den "Drahtziehern" jedenfalls verfolgt werden. Es wäre zu leicht,unter dem Vorwand eines wirtschaftlichen Streiks ganz massive Schäden für den Staat und die Allgemeinheit herbeizuführen: Sollten derartige Aktionen dann in jedem Falle straflos sein? Jedenfalls bei den einzelnen Streikteilnehmern, den "kleinen Mitläufern", bestünden dann wieder die gleichen Schwierigkeiten beim Nachweis der subjektiven Tatseite.

---

167) Dazu oben S. 121 ff.

168) Ein Streikrecht ist verfassungsrechtlich nach hier vertretener Auffassung und h.M. für den "wilden Streik" nicht gegeben, vgl. oben S.105ff. Ob Streikfreiheit insoweit besteht, ist, wie dargelegt, kontrovers.

169) Vgl. etwa den Fall oben S. 160 Fußnote 400.

170) Daniel, S. 49.

Daraus kann aber nur der Schluß gezogen werden, daß der Vorschlag von Daniel weder "praktischer" ist noch sonst einen erkennbaren Vorteil bietet. Er würde vielmehr in zahlreichen Fällen eine unverhältnismäßige Einschränkung und Behinderung der "sozialen Evolution" bedeuten, ohne in den entscheidenden Fällen das erstrebte Ziel einer umfassenden Gefahrenvorsorge für den Staat wirklich zu erreichen. Freilich muß man sich hier ehrlicherweise daran erinnern, daß wir letztlich einfach zu wenig praktische Erfahrung mit den Vorgängen haben, über die wir hier sprechen. In Anbetracht der Tatsache, daß wir jedenfalls bislang noch keinerlei Erfahrungen machen mußten, die zu einem Schritt in der von Daniel vorgeschlagenen Richtung zwingen würden, meine ich, kann der Entscheidung des Gesetzgebers bei der Neufassung des § 88 in dem vorgetragenen Sinne nur beigepflichtet werden.

bb) Die Kritik Daniels, die in § 88 a.F. (jetzt § 92 n.F.) genannten Verfassungsgrundsätze würden von der Mehrzahl überhaupt nicht verstanden werden, geht ebenso fehl. Schon Jagusch[171] führte zu § 88 a.F. aus, daß der "Ausschluß jeder Gewalt- und Willkürherrschaft" in § 88 II Ziff. 6 a.F. (jetzt § 92 II Ziff. 6 n.F.) das "vereinfachte Spiegelbild des Rechtsstaates und der freiheitlich demokratischen Grundordnung, der auf den einfachsten Nenner zurückgeführte Kern der Vorstellung" sei, "die auch ein einfacher Mensch vom Sinn einer freiheitlichen Verfassung haben wird und kann, ja muß, wenn er nicht rechtsblind sein will." Das bedeutet, daß jedenfalls über den Verfassungsgrundsatz des "Ausschlusses jeder Gewalt- und Willkürherrschaft" sichergestellt ist, daß keine unliebsamen Strafbarkeitslücken dadurch entstehen, daß der Täter vielleicht zu Recht darauf hinweist, er habe den Inhalt der (übrigen) Verfassungsgrundsätze nicht erfassen können und damit nicht in der erforderlichen Absicht gehandelt. Dies gilt nun umso mehr, als nach der Neufassung des § 88 als Täter jedenfalls nur mehr die erwähnten "Hinterränner" und "Rädelsführer" in Betracht kommen; bei ihnen dürfte es schlechterdings nicht denkbar sein, daß sie, die den Verlauf und die Zielsetzung der gesamten Aktion

171) LK 8. Auflage, Anm. 4 zu § 88.

mehr oder weniger planend und organisierend gestalten und bestimmen, keine zutreffenden Vorstellungen davon gehabt haben, daß sie verfassungswidrige Ziele verfolgt haben und sei es nur über die erwähnte "Auffangklausel" des § 92 II Ziff. 6 n.F.

cc) Abschließend bedarf es noch einer Klarstellung, daß auch das von Daniel[172] vorgebrachte Argument jedenfalls nach der Neufassung des § 88 nicht mehr stichhaltig ist, § 90 a.F. (§ 88 n.F.) biete auch deshalb zu wenig Schutz, weil die Absicht vorliegen müsse, daß die genannten Verfassungsgrundsätze beseitigt, außer Geltung gesetzt oder zumindest untergraben werden. Selbst die Voraussetzungen für eine Absicht, die Grundsätze zu "untergraben" ließen sich kaum jemals feststellen, wenn, was bei Streikaktionen durchaus denkbar sei, die Mißachtung von Verfassungsgrundsätzen durch ständig wechselnde Personen erfolge.

Auch nach der Neufassung steht fest, daß eine bloße Mißachtung eines der genannten Verfassungsgrundsätze in einem Einzelfall nicht ausreicht, sondern es sich stets um die Beeinträchtigung des Verfassungsgrundsatzes als solchen handeln muß.[173] Die Konstruktion des Tatbestandes ist aber nun so gewählt, daß der Täter sich absichtlich für die im einzelnen genannten Bestrebungen gegen u.a. Verfassungsgrundsätze eingesetzt haben muß, d.h. er sich mit dem Ziel der Bestrebungen identifiziert, dieses also auch für sich erstrebenswert angesehen haben muß. Festzustellen bei § 88 n.F. ist also zunächst, daß überhaupt Bestrebungen im dort näher ausgeführten Sinne vorliegen. Dabei dürfte der Begriff "untergraben" ein genügend frühes Gefährdungsstadium bezeichnen, insofern er definiert wird als "Herabsetzen der Wirksamkeit der formell bestehenbleibenden Grundsätze, insbesondere durch langsames Unglaubwürdigmachen".[174] Liegen derartige Bestrebungen vor, ist dann nur noch zu prüfen, ob der bzw. die Täter mit ihrer Aktion diese Bestrebungen unterstützt haben. Eine Erfassung der Täter

---

172) A.a.O., S. 50.

173) Vgl. etwa Schönke-Schröder, Rdn. 17 zu § 92.

174) Dreher-Tröndle, Rdn. 13 zu § 92; ähnlich Schönke-Schröder, Rdn. 16 zu § 92.

nach § 88 n.F. setzt also nicht mehr, wie bei § 90 a.F., voraus, daß gerade der Einzeltäter mit seiner "isolierten" Aktion in der Absicht einen Verfassungsgrundsatz zu untergraben usw. gehandelt hat, was in der Tat nur äußerst selten nachweisbar sein dürfte, sondern es reicht aus, daß seine Aktion gewissermaßen einen weiteren "Tatbeitrag", einen zusätzlichen "Mosaikstein" zu den vorhandenen verfassungsverräterischen Bestrebungen darstellt. Auch insoweit hat die Neuformulierung des § 88 zweifellos eine wesentliche Verbesserung des Abwehrschutzes gegen verfassungsgefährdende Maßnahmen gebracht.

d) Insgesamt läßt sich feststellen, daß § 88 n.F. gegenüber seinem "Vorgänger", § 90 a.F., wesentlich verbessert worden ist: Klargestellt ist nunmehr, daß der arbeitsrechtlich rechtmäßige Streik von vorneherein aus seinem Anwendungsbereich herausgenommen ist; als Täter werden nur mehr die "Hintermänner" und "Rädelsführer" als die wahren "Drahtzieher" bestraft, was ihrer Stellung in der Gesamtaktion entspricht und auch eine tatsächlich erfolgreiche Strafverfolgung sicherstellt; und schließlich ist § 88 als Schutz gegen Verfassungsfeinde dadurch "effektiver" geworden, daß es für seine Anwendbarkeit ausreicht, wenn diese mit ihrer isolierten Einzelaktion in der Absicht gehandelt haben, zu bereits anderweit bestehenden verfassungsfeindlichen Bestrebungen beizutragen ("absichtliches Sich-Einsetzen"). Ob damit freilich bereits "perfekt" gegen alle verfassungsfeindlichen Angriffe, gegen die § 88 schützen will, vorgesorgt ist, könnte nur der "Ernstfall" erweisen, der uns aber erspart bleiben möge.

3.) a) Wir wollen uns nunmehr der eigentlichen Nötigung von Verfassungsorganen durch einen "politischen Kampfstreik" zuwenden. Auch hier taucht eine ganz ähnliche Schwierigkeit auf wie bei § 88: § 105 hat durch das 8. StÄG eine derart einschneidende Veränderung erfahren, daß die Literatur zu § 105 a.F. so gut wie gegenstandslos ist, wenngleich in Ermangelung neuerer Arbeiten immer noch auf diese Autoren verwiesen wird. Das gleiche gilt aber auch von § 106, der die Nötigung einzelner Mitglieder der geschützten Verfassungsorgane unter Strafe stellt: Während § 106 a.F. praktisch in der Diskussion um die "Parlamentsnötigung" durch "politischen Streik" keine Rolle spielte, hat sich dies durch dessen Neufassung schlagartig geändert.

§ 105 a.F. lautete:

"Wer es unternimmt, ein Gesetzgebungsorgan des Bundes oder eines Landes auseinander zu sprengen, zur Fassung oder Unterlassung von Beschlüssen zu nötigen oder Mitglieder aus ihnen gewaltsam zu entfernen, wird mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren oder mit Einschließung von gleicher Dauer bestraft."

§ 106 a.F. lautete:

" (1) Wer ein Mitglied einer der vorbezeichneten Versammlungen durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einer strafbaren Handlung verhindert, sich an den Ort der Versammlung zu begeben oder zu stimmen, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Einschließung von gleicher Dauer bestraft.

(2) Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Einschließung bis zu zwei Jahren ein."

Daraus erhellt sofort, weshalb in der gesamten älteren Literatur stets nur von der "Parlamentsnötigung" die Rede ist[175]: § 105 behandelte eben insoweit nur den Fall, daß "ein Gesetzgebungsorgan des Bundes oder eines Landes... zur Fassung oder Unterlassung von Beschlüssen genötigt" wurde, d.h. den Fall der "Parlamentsnötigung". Demgegenüber greift § 105 n.F. weiter aus und regelt nunmehr die "Nötigung von Verfassungsorganen". Andererseits kennt § 105 n.F. als Nötigungsmittel nur noch "Gewalt oder Drohung mit Gewalt", während § 105 a.F. schlechthin von "nötigen" sprach, wobei freilich der Hauptstreit bei § 105 a.F. gerade um die Auslegung dieses Begriffes ging.

---

175) Vgl. Geilen, Der Tatbestand der Parlamentsnötigung, 1957; Niese, S. 90: "Der politische Streik als Parlamentsnötigung"; Sax, Parlamentsnötigung durch Streik, NJW 53, 36.

Für eine Diskussion des § 106 a.F. bestand schon insofern kein Anlaß, als Tathandlung zunächst einmal ein "Verhindern durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt" gewesen wäre. Die oben[176] geschilderte Entwicklung des Gewaltbegriffes oder wie Blei[177] es nicht unzutreffend nannte: Die "Auflösung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs" war aber in den 50er Jahren noch nicht so weit gediehen, daß der Streik als mögliches "Gewaltmittel" in Betracht gezogen worden wäre. Charakteristisch dafür dürfte etwa die Bemerkung Nieses[178] sein, wenn er im Anschluß an das zitierte Wort von Grote: "Der Streik ist wie der Krieg ein Akt der Gewalt." lapidar meinte: "Dagegen polemisiert Schmid insofern mit Recht, als der Streik als organisierte Arbeitsniederlegung nicht 'Gewalt' im Sinne der Nötigungsdelikte ist; denn das Strafgesetzbuch versteht hierunter die Gewalteinwirkung auf Personen oder Sachen durch physische Kraft oder (bei Personen) auch durch chemische oder psychische Mittel (Narkose, Betäubung, Hypnose u.ä.). Das scheidet beim ordnungsgemäß geführten Streik aus." Daß Niese damit auch heute noch Recht hat, das zu zeigen, war ein Anliegen dieser Arbeit; nur ist diese Auffassung heute nicht mehr so selbstverständlich! § 106 n.F. formuliert demgegenüber in offensichtlicher Anlehnung an § 240 I: "Wer... rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel nötigt..." Damit ergibt sich fast von selbst, daß auch der Streik, der ja nach unseren Untersuchungen zu § 240 stets tatbestandsmäßige Nötigung ist, im Rahmen des § 106 n.F. eine entscheidende Rolle spielt. Zudem hatte § 106 a.F. nur den engumgrenzten Fall vor Augen, daß das einzelne Parlamentsmitglied verhindert wurde, "sich an den Ort der Versammlung zu begeben oder zu stimmen". § 106 n.F. dagegen formuliert deutlich und umfassend im Sinne eines effektiven Schutzes des einzelnen Mitglieds der geschützten Verfassungsorgane, daß jede Nötigung des Mitglieds, "seine Befugnisse nicht oder in einem bestimmten Sinne auszuüben" strafbar ist.

---

176) S. 49 ff.

177) JA 1970, 19, 77, 141.

178) A.a.O., S. 26.

Für unsere weiteren Betrachtungen ergibt sich daraus zum einen die Notwendigkeit, kurz festzustellen, inwieweit die Diskussion um die strafrechtlichen Probleme des § 105 a.F. heute noch Bedeutung besitzen, zum anderen und vor allem aber ist zu untersuchen, wie denn die strafrechtliche Situation hinsichtlich des "politischen Kampfstreiks" nach der Neufassung der §§ 105, 106 sich darstellt. Dabei sollen die §§ 105, 106 zusammen besprochen werden; denn dadurch, daß § 106 n.F. jetzt offensichtlich auch den Streik umfaßt, setzt eine geschlossene Darstellung der Materie voraus, beide Vorschriften gleichzeitig in ihrer gegenseitigen Abhängigkeit und strafrechtlichen Funktion zu untersuchen.

b) § 106 a.F. spielte in der älteren Literatur aus den bereits erwähnten Gründen bei der Diskussion um die "Parlamentsnötigung" durch Streik keine Rolle. Umso mehr konzentrierte sich das Interesse auf § 105 a.F. Zentrales Problem sämtlicher Erörterungen war die Frage, welche Art von "Nötigung" § 105 a.F. voraussetzt. Die Mindeststrafe war immerhin fünf Jahre Zuchthaus oder Einschließung. Das führte naturgemäß zu Überlegungen, wie der Begriff "nötigen" in § 105 a.F. sinnvoll eingeschränkt werden könnte.

So stand Jagusch[179] auf dem Standpunkt, § 105 a.F. habe bei seiner Entstehung nur an den allgemeinen Nötigungsbegriff des § 240 anknüpfen können, der Gewalt oder Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen erforderte.[180] Die Erweiterung des § 240 im Jahre 1943, wonach neben Gewalt auch "Drohung mit einem empfindlichen Übel" ausreichend war, bedeute nicht auch, daß der Tatbestand der Parlamentsnötigung ausgedehnt werden sollte; denn im Jahre 1943 sei der Reichstag ohne Bedeutung gewesen. Jagusch wollte also den Nötigungsbegriff des § 105 aus § 240 a.F. (d.h. die Fassung vor 1943) ausgelegt wissen; jede Erweiterung des Tatbestandes ohne förmliches Gesetz hielt er für gefährlich für die Rechtsprechung, da "diese damit überfordert und durch den Vorwurf

---

179) LK 7. Auflage, Anm. 3 zu § 105.

180) Vgl. oben S.137.

der Parteinahme einer unverdienten Vertrauenskrise ausgesetzt werden könnte".

Noch restriktiver wollte, wie bereits erwähnt, Sax[181] den Nötigungsbegriff in § 105 a.F. bestimmen, indem er nur "Gewalt oder Bedrohung mit Gewalt" als Nötigungsmittel zulassen wollte. Sax wollte dies einmal aus den beiden anderen in § 105 a.F. genannten Tatmodalitäten "auseinander zu sprengen" und "gewaltsam zu entfernen", zum anderen aber aus einem Vergleich mit §§ 80, 82 a.F. ableiten, auf den hier nicht näher eingegangen werden soll.[182] Eine Bestätigung seiner Auffassung sah Sax ferner in dem durch das 1. StÄG vom 30.8.1951 neueingefügten § 90 (a.F.); damit seien "mittelbare Druckmaßnahmen, insbesondere Streik und Aussperrung aus dem Anwendungsbereich des § 105 (a.F., Anm. d. Verf.) herausgenommen". Daß dieses Argument falsch ist, wurde bereits oben[183] dargelegt.

Demgegenüber wurde jedoch zumeist die Auffassung vertreten, daß zur Parlamentsnötigung auch die Androhung eines Übels genüge, Gewalt oder Bedrohung mit Gewalt wurden nicht verlangt.[184] Diese Auffassung wurde vor allem von Daniel[184] vertreten, indem er nachwies, daß es entscheidend auf den Zweck einer Gesetzesbestimmung bei der Auslegung ankommen müsse. "Der Begriff 'nötigen' muß demzufolge so ausgelegt werden, daß alle Maßnahmen darunter fallen, die geeignet sind, eine gesetzgebende Körperschaft zu einem bestimmten Handeln zu veranlassen. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob diese Auslegung - im Verhältnis zu anderen Strafvorschriften gesehen - eine Unbilligkeit mit sich bringt. Selbst wenn dies der Fall wäre... könnte nur der Gesetzgeber helfen, dem es allein zusteht, Billigkeitserwägungen anzustellen... Andernfalls würde man nämlich dem Richter gestatten, nicht nach dem Gesetz, sondern nach seinem Billigkeitsempfinden zu entscheiden..."[185]

---

181) NJW 53, 368 ff.

182) Vgl. dazu aber die Stellungnahme von Niese, S. 117 ff.

183) S. 305.

184) Daniel, S. 54.

185) A.a.O., S. 57.

Die Frage, ob zur Tatbestandsverwirklichung des § 105 a.F. eine Drohung mit einem beliebigen Übel ausreiche oder ob das angedrohte Übel, wie bei § 240 "empfindlich" sein müsse, wurde zumeist richtigerweise im letzteren Sinne entschieden, da nur eine Drohung mit einem "empfindlichen Übel" überhaupt die von jedem Nötigungstatbestand vorausgesetzte "Bestimmungswirkung" der Drohung auf den Genötigten habe.[186] Damit galt im Bereich des § 105 a.F. praktisch der gleiche Nötigungsbegriff wie bei § 240, was bedeutete, daß jeder Streik mit dem Ziel, vom Gesetzgeber den Erlaß eines bestimmten Gesetzes zu erzwingen, eine tatbestandsmäßige Parlamentsnötigung war.[187]

Ein Blick auf § 105 n.F. lehrt indessen schnell, daß dort nunmehr nur noch "Gewalt oder Drohung mit Gewalt" als Nötigungsmittel in Frage kommen. Das bedeutet zu einen, daß die Auseinandersetzungen in der älteren Literatur zur Parlamentsnötigung damit im wesentlichen überholt sind, da die Frage des Nötigungsmittels durch den Gesetzgeber in § 105 n.F. jetzt positiv entschieden ist und zwar in einem anderen Sinne als es der h.M. zu § 105 a.F. entsprach. Indessen sind die tieferen Zusammenhänge und Gründe hierfür weit komplizierter als es zunächst den Anschein haben mag. Es soll daher nunmehr in die strafrechtliche Erörterung der Nötigung von Staatsorganen gem. §§ 105, 106 eingetreten werden.

c) aa) aaa) § 105 n.F. erfaßt in seinem Tatbestand jetzt, darauf wurde schon hingewiesen, nicht mehr nur die Nötigung eines Gesetzgebungsorgans, sondern darüber hinaus sinnvollerweise auch die Nötigung der Bundesversammlung sowie der Regierung und der Verfassungsgerichte des Bundes und der Länder. Damit sind auch die "Spitzenorgane" von Exekutive und Judikative in den Schutzbereich der Vorschrift einbezogen worden. Neu ist ferner die Klarstellung, daß auch die Ausschüsse der Gesetzgebungsorgane bzw. der Bundesversammlung geschützt sind. Es bedarf keiner näheren Erläuterung, daß dadurch die politische Willensbildung durch die Verfassungsorgane, die ja Angriffsobjekt des "politischen Kampfstreiks" ist, in entscheidend weiterem Umfange geschützt ist als bisher.

---

186) Daniel, S. 60; Niese, S. 125.

187) Daniel, S. 62 f.; Niese, S. 128.

Freilich muß sofort festgestellt werden, welche staatlichen Organe nicht durch § 105 erfaßt sind: Es sind dies einmal die Organe der sonstigen Gebietskörperschaften, also Kreis- und Bezirkstage, zum anderen die gesamten übrigen Körperschaften des öffentlichen Rechts und die Verwaltungsbehörden, also die Exekutive, soweit sie nicht Regierung, sondern "nachgeordnete" Verwaltung ist; und schließlich ist die gesamte Judikative nicht erfaßt außer den Verfassungsgerichten, die indessen nicht zum regulären gerichtlichen Instanzenzug gerechnet werden können, da sie nur die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts überprüfen.

§ 105 n.F. beseitigt dadurch eine offensichtliche Unausgewogenheit der bisherigen Fassung, wenn er nicht nur die Legislative, sondern auch die Exekutive in ihrer Spitze und, mit der gemachten Einschränkung, die Judikative in ihrem vornehmsten und wichtigsten Organ in den Schutz der politischen Willensbildung miteinbezieht.[188] Zu fragen wäre allerdings, ob der Schutzbereich nicht auf weitere Organe der staatlichen Willensbildung hätte ausgedehnt werden müssen. Wenn wir uns auf unsere Überlegungen zur verfassungsrechtlichen Seite eines "politischen Kampfstreiks" - oder allgemeiner betrachtet, jeder "politischen Nötigung" - zurückbesinnen, könnte man sehr schnell und sehr leicht geneigt sein, der grundsätzlichen Verfassungswidrigkeit derartiger "politischer Nötigungshandlungen" einen kongruenten strafrechtlichen Schutz zur Seite stellen zu wollen. Nur taucht hier sofort das Problem auf, ob die zwangsläufig ungemein vielfältigen Fälle, die sich dann unter einem Tatbestand vereinigt fänden, noch durch eine Strafbestimmung und einen Strafrahmen erfaßt werden können. Es zeigt sich hier wieder das bereits mehrfach angesprochene charakteristische Problem gerade bei den Nötigungsdelikten, daß diese in der Lebenswirklichkeit in praktisch allen Bereichen allgegenwärtig sind, und die typische Schwierigkeit für den Rechtsanwender darin besteht, im Einzelfall festzustellen, ob die tat-

188) Die Bedeutung der Bundesversammlung ergibt sich aus ihrer Zuständigkeit für die Wahl des Bundespräsidenten (Art. 54 GG). Es ist deshalb nur konsequent, wenn auch sie als Wahlorgan für den höchsten Repräsentanten des Staates vor unzulässigen Willensbeeinflussungen geschützt wird. Der Bundespräsident selbst ist, obwohl gem. Art. 82 GG am Gesetzgebungsverfahren beteiligt als nicht-kollektives Verfassungsorgan nicht durch § 105, sondern durch § 106 ausdrücklich geschützt (vgl. Maurach, BT, S. 598).

bestandsmäßige Nötigung auch rechtswidrig und damit strafbar ist. Gerade dieses Problem nahm ja einen wesentlichen Teil unserer Erörterungen zur Nötigung durch arbeitsrechtlichen Streik in Anspruch.

Wenn wir uns etwa daran erinnern, daß wegen Art. 97 GG gerade die Richter als Träger der rechtsprechenden Gewalt einen verfassungsrechtlich umfassenden Schutz vor Willensbeugung genießen wie kein anderes staatliches Organ und nun bei § 105 feststellen müssen, daß die Judikative - mit Ausnahme der Verfassungsgerichte - überhaupt nicht erwähnt ist, mag man zunächst enttäuscht sein. Geht man jedoch daran, eine praktikable, strafrechtlich umfassende und doch rechtsstaatlichen Erfordernissen genügende Strafrechtsbestimmung formulieren zu wollen, so entdeckt man sehr schnell, daß gerade der umfassende Schutz das entscheidende Hindernis darstellt, eine praktikable Lösung zu finden. Man kommt dabei zwangsläufig in dieselben Schwierigkeiten, wie sie der "allgemeine Nötigungstatbestand" des § 240 aufwirft. So hatte bereits von Mangoldt darauf hingewiesen[189], daß bei dem Versuch, im Entwurf des Strafrechtsänderungsgesetzes 1951 (BGBl I, S. 739) die hier "erforderlichen Sanktionen" vorzusehen, man sehr bald herausfand, daß es praktisch unmöglich war, eine Formulierung zu finden, die nicht zugleich die Meinungs- und Pressefreiheit in ungebührlicher Weise gefährdet hätte.

Abgesehen von diesen charakteristischen Problemen, die jeder Tatbestand aufwirft, der Elemente einer Nötigungshandlung enthält, wäre weiter zu bedenken, daß auch die angegriffenen staatlichen Organe sicherlich eines unterschiedlichen strafrechtlichen Schutzes bedürfen, der sich u.a. auch in unterschiedlichen Strafrahmen zeigen muß. So macht es sicher einen Unterschied, ob z.B. durch gewalttätige Aktionen im gesamten Bundesgebiet der Bundesgesetzgeber vom Erlaß eines Gesetzes abgehalten werden soll oder ob es gegenüber dem Gemeinderat einer kleinen Gemeinde nach einer erregten Debatte zu Handgreiflichkeiten im Sitzungssaal kommt. § 105 n.F. hat jedenfalls nur die Fälle geregelt, in denen unzulässiger Willenszwang gegenüber den "Spitzenorganen" der Staats-

---

189) v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, S.528; vgl. auch Fußnote 93.

gewalt ausgeübt wird und die deshalb wegen der Bedeutung dieser Organe für das staatliche Leben generell einen großen Unrechtsgehalt in sich bergen. Als zwangsläufige Folge daraus, daß es sich um derartige Spitzenorgane handelt, ergibt sich auch für den Regelfall, daß nur entsprechend massive Aktionen, die nicht nur örtlich begrenzt sein werden, als taugliche Nötigungsmittel in Frage kommen werden. Die überragende Bedeutung, die den in § 105 n.F. geschützten Staatsorganen im Staat zukommt, in Verbindung mit den präsumtiven Nötigungsmitteln rechtfertigt es, den nicht eben kleinen Strafrahmen von einem Jahr Mindestfreiheitsstrafe bis zu zehn Jahren dafür festzulegen.

bbb) Nun könnte man aber einwenden, daß doch nichts im Wege gestanden habe, sonstige Organe, wie Gemeinderäte oder Verwaltungsbehörden oder Gerichte usw. durch zusätzliche Strafvorschriften mit anderen Strafrahmen einzuführen. Die Lösung ist jedoch sehr einfach: Eine derartige Strafvorschrift gibt es nämlich schon; es ist dies der bereits vertraute allgemeine Nötigungstatbestand des § 240! § 105 n.F. ist nämlich nach einhelliger Auffassung lex specialis zum allgemeinen Nötigungstatbestand des § 240[190]; d.h. grundsätzlich ist § 240 als allgemeiner Nötigungstatbestand auch bei Nötigungen gegenüber Staatsorganen anwendbar. Nur wenn im Einzelfall § 105 n.F. erfüllt ist, verdrängt dieser kraft Spezialität den § 240. Ist umgekehrt § 105 nicht anwendbar, so bleibt § 240 als Strafnorm bestehen.[191] [192]

---

190) Vgl. etwa Dreher-Tröndle, Rdn. 5 zu § 105; Preisendanz, Anm. 4 zu § 105; Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, BT, Rdn. 19 zu § 105; Schönke-Schröder, Rdn. 12 zu § 105; Schwalm, LK Rdn. 27 zu § 105.

191) So ausdrücklich Dreher-Tröndle, a.a.O.; Schönke-Schröder, Rdn. 4 zu § 105; Schwalm, LK Rdn. 3 zu § 105; Maurach, BT, S. 598.

192) Tatobjekte des § 240 sind allerdings streng genommen nicht die betreffenden Organe als solche (wie bei § 105), sondern die konkreten Einzelpersonen, die diesen Organen angehören. Denn nach h.M. können Tatobjekte im Sinne des § 240 nur bestimmte Einzelpersonen oder eine Mehrzahl bestimmter Einzelpersonen nebeneinander sein (vgl. Schäfer, LK Rdn. 5 zu § 240; Schönke-Schröder, Rdn. 2 zu § 240). Für den strafrechtlichen Schutz bedeutet dies jedoch keine Einbuße; im Gegenteil: Wie bei dem anschließend zu besprechenden § 106 reicht damit ja die Nötigung einzelner Mitglieder zur Tatbestandsvollendung bereits aus, während § 105 erst bei Eintritt der Nötigungswirkung bezüglich des Gesamtorgans vollendet ist. Außerdem genügt bei § 240, genauso wie bei § 106, als Nötigungsmittel bereits "Drohung mit einem empfindlichen Übel".

Daraus ergibt sich für unseren Fall des "politischen Kampfstreiks" nachstehende Schlußfolgerung: Als Streik ist der "politische Kampfstreik" stets tatbestandsmäßig im Sinne des § 240[193] [194], als "politischer Kampfstreik", d.h. als ein Streik, der darauf abzielt, den Willen staatlicher Organe zu brechen, ist er nicht nur verfassungswidrig, sondern darüber hinaus auch grundsätzlich "verwerflich" im Sinne des § 240 II; denn es ist "sozialethisch unerträglich", daß einzelne Gruppen ihren Willen den durch die Verfassung berufenen staatlichen Organen aufzwingen. Damit sind prinzipiell sämtliche Fälle von "politischem Kampfstreik" als Nötigung gem. § 240 erfaßt und strafbar.[195] Der Strafrahmen, den § 240 dafür zur Verfügung stellt - Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe[196] - mag zunächst zu niedrig erscheinen. Dadurch aber, daß in "besonders schweren Fällen" Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren ausgesetzt ist, ist meines Erachtens "nahtlos" der Anschluß an § 105 n.F. gegeben, der ja in Abs. 2 bestimmt, daß in "minder schweren Fällen" die Strafe "Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren" beträgt. Sofern man in dem Bereich der "politischen Nötigung" mangels genügender Erfahrung in der praktischen Wirklichkeit überhaupt Prognosen anstellen kann, scheint mir damit der strafrechtliche Schutz ausreichend gewährleistet. Jedenfalls vermag ich keine systematischen Inkongruenzen zu erkennen. Der strafrechtliche Schutz als solcher ist durchgehend für sämtliche Fälle der "politischen Nötigung" - auch durch den "politischen Kampfstreik" - durch § 240 gewährleistet, wobei ein Strafrahmen bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe zur Verfügung steht; dies dürfte mangels entgegenstehender praktischer Anhaltspunkte grundsätzlich als Strafrahmen für die nicht durch § 105 erfaßten Fälle ausreichend sein.

---

193) Siehe dazu oben S.47.

194) Zu dem strafrechtlichen Problem, daß beim "politischen Kampfstreik" das angedrohte Übel typischerweise nicht beim Genötigten (=Adressaten = staatl. Organ) eintritt, sondern beim Betroffenen (=Arbeitgeber bzw. Allgemeinheit) und dennoch Nötigung vorliegt, siehe S.340 f.

195) Der "politische Demonstrationsstreik", der ja per definitionem nicht den Willen des staatlichen Organs brechen will, ist dagegen strafrechtlich irrelevant.

196) Die Strafe wurde zunächst durch das 3. StÄG, vor allem aber durch das 1. StrRG beträchtlich gesenkt.

Für die durch ihre überragende verfassungsrechtliche und politische Stellung in § 105 besonders hervorgehobenen staatlichen Organe greift der besondere Schutz dieser Vorschrift mit einem Regelstrafrahmen von einem bis zehn Jahren Freiheitsstrafe ein, um dem ungleich höheren Unrechtsgehalt von "politischen Nötigungen" gegen diese Organe mit adäquaten strafrechtlichen Sanktionen begegnen zu können. Aber auch hier halte ich die Regelung in § 105 II für durchaus sinnvoll in Einzelfällen, in denen das grundsätzlich zu unterstellende gravierende Unrecht der Nötigung von Verfassungsorganen nicht vorliegt, auf einen milderen Strafrahmen von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zurückgreifen zu können, der gerade identisch ist mit dem Rahmen, den § 240 für Fälle bereit hält, in denen der bei § 240 grundsätzlich zu vermutende (im Vergleich zu § 105) niedrigere Unrechtsgehalt im Einzelfall doch höher ist, als für den Regelfall vorausgesetzt.

Insofern halte ich die nunmehrige Regelung in § 105 hinsichtlich der geschützten Organe insgesamt für durchaus zweckmäßig und gerecht. Freilich, das kann nicht genügend betont werden, aus der heutigen Sicht, die keine oder zu wenig praktische Erfahrung damit hat, zu welchen Entwicklungen auf dem Gebiete der "politischen Nötigung" die Zukunft noch führen mag. Man denke nur etwa an die "Entwicklung", die die Luftpiraterie ("Flugzeugentführungen") innerhalb weniger Jahre genommen hat und bei uns etwa zur Neueinführung des § 316c[197] zwang, um die bis dahin nur unzulänglich strafbare Luftpiraterie auch strafrechtlich besser bekämpfen zu können.[198] Oder man denke an den "plötzlich" aufgetauchten Problemkreis um die Rechte der Strafverteidiger, insbesondere die sog. "Verteidigerüberwachung". Hier zeigt sich in der Tat, daß unser rechtsstaatliches System einschließlich seiner Verfahrensordnungen zum großen Teil auf einer stillschweigenden Beachtung von gewissen Grundregeln beruht (etwa, daß ein Verteidiger nicht mit seinem Mandanten gegen die Justiz in strafbarer Weise kollaboriert usw.) und nur so funktionsfähig sein und bleiben kann. Der Rechtsstaat ist jedoch nie davor gefeit, daß nicht

---

197) Eingefügt durch das am 19.12.1971 in kraft getretene 11. StÄG.

198) Vgl. etwa in NJW 70, 399 den dort von dem Gericht der franz. Militärregierung in Berlin entschiedenen Fall der Entführung eines polnischen Flugzeuges nach West-Berlin.

urplötzlich eine Gruppe, aus welchen Gründen auch immer, sich bewußt gegen diese "stillschweigend vorausgesetzten Spielregeln" auflehnt, ja den durch den Rechtsstaat geschaffenen Freiraum bewußt zur Zerstörung ebendieses Staates ausnützt. Dann ergeben sich freilich schwerwiegende Probleme: Es müssen Wege gefunden werden, den Angriffen auf den Staat und seine Rechtsordnung wirksam zu begegnen, ohne aber gleichzeitig - und darin liegt die große Gefahr - den Rechtsstaat selbst durch die Perfektion der zu seiner Rettung eingesetzten Maßnahmen aufzuheben und zu einer bloßen Fiktion werden zu lassen. Denn dann hätten die Angreifer des Rechtsstaats seine Zerstörung doch noch geschafft, freilich auf eine andere Weise, als diese sich das vorgestellt haben. Im Rahmen der hier mit aller Vorsicht nur anzustellenden Prognosen meine ich aber doch, daß der oben aufgezeigte strafrechtliche Schutz, der jedenfalls lückenlos ist, als ausreichend angesehen werden muß. Veränderte Umstände in der sozialen Wirklichkeit mögen allerdings einmal Anlaß sein, noch eingehendere strafrechtliche Vorschriften einführen zu müssen. Nur muß man sich heute schon darüber klar sein, daß eine "Verbesserung" wohl im wesentlichen nur in einer Verschärfung der Strafrahmen denkbar ist; denn strafrechtlich erfaßt wird über § 240 ja jetzt schon jeder Fall von "politischer Nötigung". Ob aber alleine mit Korrekturen an den Strafrahmen ein besserer strafrechtlicher Schutz gerade im Hinblick auf eine generalpräventive Wirkung erreicht werden kann, dürfte vor allem in dem hier angesprochenen Bereich ein durchaus offenes Problem sein. Solange wir jedenfalls keine gegenteiligen "bösen Erfahrungen" in der sozialen Wirklichkeit machen müssen, meine ich, ist der Rechtsstaat gut beraten, nicht durch eine "Inflation" von Straftatbeständen, die nur der in diesem Bereich letztlich immer mangelhaften Vorstellungskraft ihrer Urheber entsprungen sein können, nicht aber der "Lebenswirklichkeit", einen "Schein von perfekter Vorsorge" zum Schutz des Staates zu schaffen; denn ob derartige Regelungen im "Ernstfall" wirklich effektiveren Schutz bieten werden, dafür könnten wohl deren Urheber selbst heute nicht garantieren. Eine große grundsätzliche Gefahr und Wahrscheinlichkeit dürfte aber bestehen, daß durch derartige Regelungen jedenfalls der rechtsstaatliche Freiraum unnötig beeinträchtigt wird.

bb) In dem ebenfalls durch das 8. StÄG neugefaßten und, wie erwähnt, wesentlich veränderten § 106 n.F. werden jetzt in Ergänzung zu § 105 auch die einzelnen Mitglieder der in § 105 genannten Verfassungsorgane vor unzulässiger Nötigung geschützt. Ähnlich dem § 105 hat auch § 106 den Zweck, die Entschlußfreiheit bestimmter staatlicher Organe zu schützen. Während aber § 105 die Versammlung als solche (als Kollegium) schützt, geht es bei § 106 auch um den Schutz des einzelnen Mitglieds in seinen verfassungsmäßigen Rechten. Der Bundespräsident als einziges nicht-kollegiales Verfassungsorgan (Art. 82 GG) einschließlich seines verfassungsmäßigen Vertreters[199] waren daher in § 106 gesondert zu erwähnen. Fast selbstverständlich, für unsere weiteren Betrachtungen aber nicht unwesentlich ist, daß § 106 auch eingreift, wenn das verbotene Druckmittel sich auch gegen ganze Gruppen von Mitgliedern der Verfassungsorgane, z.B. gegen die Angehörigen einer Parlamentsfraktion, richtet.[200]

cc) Nachdem wir den Kreis der in §§ 105, 106 geschützten Verfassungsorgane und deren Mitglieder damit erfaßt haben, ist nunmehr zu untersuchen, welche konkreten Handlungen dieser Organe oder Personen dadurch geschützt sind. Sowohl § 105 als auch § 106 bestimmen diese dahin, daß eine Nötigung dieser Organe oder Personen, "ihre Befugnisse nicht oder in einem bestimmten Sinne auszuüben", verboten ist.

"Befugnisse" im Sinne der §§ 105, 106 bedeutet hier dem Sinnzusammenhang nach: "Gesetzmäßige Befugnisse, die den Organen bzw. Personen durch die Verfassung übertragen worden sind oder die den Personen aufgrund der Geschäftsordnung innerhalb ihrer Organe zustehen".[201] Die Nötigung muß darauf abzielen, daß das Organ oder dessen Mitglieder ihre gesetzmäßigen Befugnisse entweder überhaupt nicht ausüben, also z.B. die Verhinderung des Zusammentretens oder der Fassung von Beschlüssen oder das "Auseinandersprengen" des Organs (wobei die Tat nach § 106 in die des § 105 übergeht, sobald das Organ beschlußunfähig gemacht wird) oder in einem bestimmten Sinne auszuüben, also z.B. an einem bestimmten Tag zu-

---

199) Art. 57 GG. - Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, BT, Rdn. 1 zu § 106; Schönke-Schröder, Rdn. 1 zu § 106; Schwalm, LK Rdn. 3 zu § 106.

200) Vgl. z.B. Maurach, a.a.O., S. 599; Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, Rdn. 1 zu § 106 ; Schwalm, LK Rdn. 12 zu § 106.

201) Vgl. Schönke-Schröder, Rdn. 9 zu § 105, Rdn. 4 zu § 106; Dreher-Tröndle, Rdn. 3 zu § 105.

sammenzutreten oder bestimmte Beschlüsse zu fassen oder nicht zu fassen. Unerheblich ist, daß die abgenötigte Handlung als solche für sich gesehen rechtmäßig ist, also z.B. das abgenötigte Gesetz nicht gegen Verfassungsrecht verstößt; entscheidend ist allein der unzulässige Willenszwang auf das Organ bzw. dessen Mitglieder, ihre Befugnisse in einem bestimmten Sinne oder überhaupt nicht auszuüben. "Denn es kann nicht jedem Bürger gestattet sein, z.B. unter Umgehung der Prüfungskompetenzen des BVerfG die Verabschiedung von Gesetzen gewaltsam zu verhindern, die verfassungswidrig sind oder die er selbst für verfassungswidrig hält."[202] Nicht durch § 106 erfaßt, sondern lediglich nach § 240 zu beurteilen, ist dagegen der Fall, daß der Parlamentarier usw. genötigt wird, seine Befugnisse ordnungsgemäß wahrzunehmen, also z.B. sich an der Parlamentssitzung zu beteiligen und dort mit abzustimmen.[203] Das alles ist weitgehend unproblematisch. Festzuhalten bleibt hier nur, daß damit etwa eine Nötigungshandlung im Hinblick auf eine Wahlrede auf einer öffentlichen Versammlung und dergleichen für § 106 ausscheidet, da es sich bei der Durchführung einer solchen Wahl- oder Parteiveranstaltung nicht um die Ausübung einer Befugnis der betreffenden Personen als Mitglieder z.B. des Bundestags oder der Bundesregierung handelt, sondern lediglich um deren allgemeine politische Betätigung; hier kommt ebenfalls nur § 240 in Betracht.[204]

Insgesamt läßt sich damit auch für den Bereich der geschützten Handlungen der Verfassungsorgane und ihrer Mitglieder wohl feststellen, daß §§ 105, 106 eine erfreuliche Klarheit im Tatbestand zeigen, die voll der Zwecksetzung dieser Bestimmungen entspricht, unzulässigen Willenszwang auf diese Organe und ihre Mitglieder abzuwehren. Damit ist die unbeholfen wirkende kasuistische Formulierung der §§ 105, 106 a.F.[205] samt dem geschilderten Meinungsstreit zum Begriff des Nötigens in § 105 a.F.[206] überwunden, die schon von ihrem Wortlaut her deutlich machte, daß man

---

202) Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, BT, Rdn. 14 zu § 105; vgl. auch Dreher-Tröndle, Rdn. 3 zu § 105.

203) Schwalm, LK Rdn. 8 zu § 106.

204) Dreher-Tröndle, Rdn. 3 zu § 105; Schönke-Schröder, Rdn. 4 zu § 106.

205) § 105: "... ein Gesetzgebungsorgan auseinander zu sprengen, zur Fassung oder Unterlassung von Beschlüssen zu nötigen oder Mitglieder aus ihnen gewaltsam zu entfernen..." - § 106: "... ein Mitglied... verhindert, sich an den Ort der Versammlung zu begeben oder zu stimmen..."

206) Dazu oben S. 223 ff.

offenbar ziemlich veraltete Vorstellungen davon hatte, wie eine Parlamentsnötigung sich tatsächlich abspielen würde. Die §§ 105, 106 n.F. formulieren demgegenüber klar und "funktionsgerecht", daß die "Ausübung der gesetzlichen Befugnisse" dieser Organe und deren Mitglieder umfassend geschützt ist, ohne aber damit andere Rechtskreise in unzulässiger Weise zu tangieren. Unsere verfassungsrechtlichen Überlegungen haben vielmehr gerade gezeigt, daß keine Rechte von Einzelpersonen oder Sondergruppen (auch nicht der Gewerkschaften) denkbar sind, die es diesen gestatten würden, auf die Verfassungsorgane und deren Willensbildung einen massiven Zwang auszuüben.[207]

dd) Die bisherigen Erörterungen zu §§ 105, 106 n.F. haben die praktische Brauchbarkeit dieser Bestimmungen erwiesen. Ein interessantes und gerade für unseren Fall des "politischen Kampfstreiks" folgenschweres Ergebnis zeitigt nun aber vor allem die Untersuchung der Nötigungsmittel bei §§ 105, 106 n.F. Wir hatten bisher zusammenfassend stets nur von "der Nötigung" bei §§ 105, 106 gesprochen. Indessen differenzieren die beiden Vorschriften auf eine höchst sinnvolle Weise in den Nötigungsmitteln: Während bei § 106, Nötigung eines einzelnen Mitglieds, als Druckmittel "Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel" genügen, setzt § 105, Nötigung des Gesamtorgans, "Gewalt oder Drohung mit Gewalt" voraus.

Damit sind im Bereich des § 106 die Nötigungsmittel dieselben wie bei § 240.[208] Dies ergibt sich schon aus dem bloßen Wortlaut, aber auch aus der Funktion des § 106, über den bei der "politischen Nötigung" stets anwendbaren § 240[209] hinaus einen durch höhere Strafrahmen ausgezeichneten Spezialtatbestand zu schaffen, der der Stellung der obersten Verfassungsorgane und

---

207) Hier zeigt sich deutlich, daß strafrechtliche Erörterungen im Bereich des "politischen Strafrechts" auch und vor allem intensive verfassungsrechtliche Betrachtungen zwingend voraussetzen.

208) H.M., vgl. Maurach, a.a.O., S. 599; Schönke-Schröder, Rdn. 3 zu § 106; Dreher-Tröndle, Rdn. 2 zu § 106; Schwalm, LK Rdn. 9 zu § 106; Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, BT, Rdn. 3 zu § 106.

209) Dazu oben S. 328 ff.

ihrer Mitglieder angemessen ist: Während § 240 eine Regelstrafe von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe (oder Geldstrafe) vorsieht, weist § 106 einen Regelstrafrahmen von drei Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe aus; in "besonders schweren Fällen" ist sogar Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren ausgesetzt.

Dagegen deckt sich § 105 hinsichtlich der erforderlichen Nötigungsmittel mit §§ 240, 106 nur hinsichtlich der Gewalt, während die als weiteres Nötigungsmittel angefügte "Drohung mit Gewalt" eine Steigerung gegenüber der bloßen "Drohung mit einem empfindlichen Übel" in §§ 240, 106 darstellt. "Drohung" bedeutet bei § 105, wie auch sonst, die als ernstlich hingestellte Ankündigung eines angeblich vom Willen des Ankündigenden abhängigen und von diesem für den Betroffenen als fühlbar angesehenen Übels, nämlich der künftigen Anwendung von Gewalt.

Hauptproblem ist damit, das tritt nun offen zutage, auch und gerade im Bereich der §§ 105, 106 n.F. die Frage nach der Definition der Gewalt und damit für unseren Fall des "politischen Streik" die Frage, ob ein Streik Gewalt im Sinne des Strafrechts sein kann. Denn während jeder "politische Kampfstreik" jedenfalls den Tatbestand des § 106 in seiner Alternative "Drohung mit einem empfindlichen Übel" erfüllt, hängt dies bei § 105 entscheidend davon ab, ob ein Streik überhaupt "Gewalt" im strafrechtlichen Sinne sein kann.

Ehe wir uns diesem zentralen Problem zuwenden, können wir jedenfalls als sinnvolle ratio legis der §§ 105, 106 bezüglich der unterschiedlichen Nötigungsmittel feststellen, daß die "Drohungsanfälligkeit" des unter Druck gesetzten einzelnen Mitglieds ungleich größer ist, als die des gesamten Organs.[210] Bereits ernsthafte "Drohungen mit einem empfindlichen Übel" gegenüber einzelnen Organmitgliedern vermögen ja auf diese eine bestimmende Wirkung auszuüben, während das jeweilige Gesamtorgan erst "massiveren" Drohungen mit Gewalt erliegen wird.

---

210) Maurach, a.a.O., S. 599; Schwalm, LK Rdn. 9 zu § 106.

Schwalm[211] freilich meint, die "rechtsstaatlich bedenkliche 'Offenheit' des Tatbestandes" bei § 106, durch die dem Richter über die Rechtswidrigkeitsregel des § 240 II die Abgrenzung des Tatbestandes zugeschoben werde[212], sei "für § 106 wegen seines politischen Einschlags besonders bedenklich und sollte beseitigt werden". Damit verkennt Schwalm aber die - von ihm selbst zugestandene - Funktion des § 106, schon "im Vorfeld von § 105" jeden Willenszwang von den Mitgliedern der höchsten Verfassungsorgane fernzuhalten. Das "große Problem" der "Offenheit der Nötigungstatbestände" wird freilich niemals "perfekt" zu lösen sein; indessen haben unsere Untersuchungen zur Rechtswidrigkeit des arbeitsrechtlichen Streiks im Hinblick auf § 240 II doch wohl gezeigt[213], daß unter Heranziehung aller einschlägigen Normen aus der gesamten Rechtsordnung und unter Beachtung der in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze zu § 240 II die wirklich strafbaren Fälle von Nötigung im Bereich des § 240 sich sehr wohl in einer rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Weise objektiv feststellen lassen. § 240 wäre aber, auch wenn es § 106 nicht oder nur mit engeren Nötigungsmitteln gäbe, stets anwendbar, d.h. die Problematik der "Offenheit" der "Drohung mit einem empfindlichen Übel" müßte auf jeden Fall diskutiert werden. Freilich käme man dann u.U. nur zu einer Bestrafung aus § 240, aber die strafrechtsdogmatische Problemstellung und das Problem des "politischen Einschlags" einer Nötigung eines Verfassungsorganmitglieds wären prinzipiell die gleichen. Ich denke vielmehr, daß ein verständiger Richter in einem wirklich "problematischen Fall" (weil mit "betont politischem Einschlag") klug genug sein wird, den im Vergleich zu § 240 erhöhten Strafrahmen des § 106 mit der "gebotenen Zurückhaltung" anzuwenden; die Möglichkeit dazu hat er jedenfalls, da § 106 als Mindestfreiheitsstrafe ja lediglich drei Monate vorschreibt. Im übrigen wäre es krimi-

---

211) A.a.O.

212) Zur Anwendung des § 240 II bei §§ 105, 106 siehe unten S. 342ff.

213) Siehe hierzu noch einmal die Ergebnisse oben S. 186 ff.

nalpolitisch wohl verfehlt, auch § 106 hinsichtlich der Nötigungsmittel allzusehr einzuschränken, wenn man schon - wie sofort gezeigt werden wird, zu Recht - den § 105 auf "Gewalt oder Drohung mit Gewalt" als Nötigungsmittel beschränkt hat.

ee) Zentrales Problem für unseren Fall des "politischen Kampfstreiks" und die Frage, ob er tatbestandsmäßig im Sinne des § 105 sein kann, ist indessen, wie angedeutet, die bereits im 2. Kapitel ausführlich erörterte Frage nach dem "richtigen" strafrechtlichen Gewaltbegriff und weiter, ob ein Streik überhaupt "Gewalt" sein kann.

Im Grunde genommen wiederholt sich hier die bereits bei der Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit des arbeitsrechtlichen Streiks erörterte Problematik, nur diesmal - im Hinblick auf den wesentlich höheren Strafrahmen des § 105 - in weitaus schärferer Form. Festzuhalten ist hier an dem oben aufgrund strafrechtsdogmatischer, rechtsstaatlicher und systematischer Überlegungen gewonnenen Gewaltbegriff, wonach unter "Gewalt" nur die "physich vermittelte Zwangswirkung" zu verstehen ist und bloße psychische Zwangswirkungen, seien sie auch "von eingigem Gewicht", entgegen der Rechtsprechung des BGH und eines beachtlichen Teils der Literatur nicht ausreichend sein können. Die Stellungnahmen zu § 105 in der Literatur muten - gerade im Hinblick auf den Streik - fast als "leere Formeln" an, wenn allenthalben festgestellt wird, daß bei § 105 n.F. "Nötigungsmittel im Gegensatz zur alten Fassung nur Gewalt oder Drohung mit Gewalt" seien und gleichzeitig ein Gewaltbegriff vertreten wird, der - wie im 2. Kapitel nachgewiesen wurde - sämtliche Grenzen zwischen Gewalt als vis compulsiva und Drohung mit einem empfindlichen Übel verwischt.[214] Gerade der Begriff der "Drohung mit Gewalt" - darauf wurde schon hingewiesen[215] - verliert damit jeden Sinn bzw. wird entgegen dem Wortlaut der Strafbestimmung zum "Einfallstor" für Handlungen,

---

214) Vgl. Dreher-Tröndle, Rdn. 4 zu § 105; Maurach, a.a.O., S. 598; Schönke-Schröder, Rdn. 8 zu § 105.

215) S. 74 ff.

die ihrem Wesen nach bloße Drohung sind. Denn wenn mit BGHSt 23, 46 (54) richtig sein soll, daß auch ein psychischer Zwang von ausreichendem Gewicht "Gewalt" ist, dann ist "Drohung mit Gewalt" als "Drohung mit psychischem Zwang von einigem Gewicht" wohl schlechterdings von einer "Drohung mit einem empfindlichen Übel" nicht mehr zu unterscheiden. Hierin - nicht in der vom Gesetzgeber vorgenommenen funktionsgerechten Erweiterung der Nötigungsmittel bei § 106 auf die des § 240 - sehe ich den entscheidenden Verstoß gegen rechtsstaatliche Grundsätze: Die Rechtsprechung setzt sich im Verfolg des von ihr vertretenen "weiten Gewaltbegriffs" nicht nur über die allgemeinen Grundsätze der Garantiefunktion der Straftatbestände ("nullum crimen sine lege stricta") hinweg, sondern "überspielt" damit zugleich die vom Gesetzgeber in den §§ 105, 106 erkennbar vorgenommene, der unterschiedlichen "Drohungsanfälligkeit" der geschützten Organe bzw. deren Mitglieder angepaßte Differenzierung in den Nötigungsmitteln. In der Begründung zu dem "Entwurf eines Strafgesetzbuches" (E 1962) heißt es dazu unmißverständlich: "Die Anwendung anderer, weniger schwerer Nötigungsmittel soll den schwerwiegenden Vorwurf der Nötigung eines Verfassungsorgans nicht begründen können."[216]

Somit muß auch für die Anwendbarkeit von § 105 auf Streiks genau das gelten, was wir zur Frage der "Gewalt" im Hinblick auf einen arbeitsrechtlichen Streik bei § 240 erarbeitet haben[217]: Der Streik stellt grundsätzlich keine Gewalt dar, da es bei ihm an der physischen Vermittlung der Zwangswirkung fehlt, damit scheidet auch § 105 aus. Soweit jedoch durch einen anhaltenden Streik in lebenswichtigen Versorgungsbetrieben z.B. die Wasser- und Energieversorgung der Allgemeinheit zusammenbricht oder jedenfalls schwer gestört wird und es dadurch zu physischen Auswirkungen des Streiks auf die Allgemeinheit kommt, bestehen keine Bedenken, "Gewalt" anzunehmen und damit § 105 zu bejahen. Das gleiche gilt, fast selbstverständlich zu sagen, wenn in die

---

216) Ausführlich dazu oben S. 75 - Erfreulich klar wenden sich auch Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, BT, Rdn. 5 zu § 105, gegen die Ausdehnung des Gewaltbegriffs gerade auch unter dem Gesichtspunkt, "daß der Gesetzgeber in den Nötigungstatbeständen gerade nicht jede Beeinträchtigung der geschützten Freiheit unter Strafe gestellt hat, sondern allein solche, die durch bestimmte Mittel, wie z.B. bei § 105 durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt, erfolgen."

217) S. 82 ff.

Streikaktionen Gewalttätigkeiten gegen Arbeitswillige oder gar die Bevölkerung entweder von vorneherein miteingeplant oder später bewußt von der Streikleitung geduldet werden. Auch Schwalm[218] als einer der wenigen Autoren, die sich nicht mit bloßen Verweisungen zum Gewaltbegriff auf andere Kommentarstellen begnügen, sondern die Probleme durchdacht haben, sieht das hier vertretene Ergebnis als unausweichlich an : "Soweit also im Einzelfall entweder überhaupt keine unmittelbare oder mittelbare Einwirkung auf den Körper eines Menschen gegeben ist oder keine Zwangswirkung von einer solchen Einwirkung auf das Verfassungsorgan ausgeht, fehlt es diesem gegenüber an der Gewaltanwendung. Mit dieser Auslegung läßt sich die seit langem problematische, vom Gesetzgeber umgangene Frage, ob Streiks und Demonstrationen unter den Begriff der Gewalt einzuordnen sind (vgl. BGHSt 6, 340; 8, 103) einigermaßen brauchbar für die Tatbestandsbeurteilung beantworten."

Freilich mag etwas "eigenartig" anmuten, daß bei dieser Auslegung der eigentliche Tatbestand der "Nötigung von Verfassungsorganen" bei einem "politischen Streik" nicht schon bei einem noch so massiven, aber "nur psychisch", nicht "physisch" vermittelten Zwang vorliegt, obwohl auch im Falle "nur psychischen Zwangs" die Nötigungswirkung im Einzelfall ähnlich stark sein mag, wie wenn (auch) "physischer" Zwang eingesetzt wird. Oder kürzer ausgedrückt : es kann der Sache nach eine "Parlamentsnötigung" usw. durch "politischen Streik" vorliegen, ohne daß aber § 105 erfüllt wäre (eben weil "nur psychischer Zwang" angewendet wurde); eine Strafbarkeit kommt dann also nur über § 106 (Nötigung der einzelnen Organmitglieder) in Betracht.

Bei näherer Würdigung dieses Ergebnisses stellt sich aber schnell heraus, daß sehr viel"Sinn" hinter dieser Regelung steckt : einmal, darauf wurde schon hingewiesen, macht § 105 im Vergleich zu § 106 zu Recht wegen der unterschiedlichen "Drohungsanfälligkeit" zwischen Verfassungsorgan und einzelnem Mitglied einen Unterschied in den Nötigungsmitteln, zum anderen aber ist es nur gerechtfertigt, wegen des Einsatzes des generell verwerflicheren Mit-

---

218) LK Rdn. 9 ff.(11) zu § 105. - Kritisch zum "weiten Gewaltbegriff" auch Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, BT, Rdn. 5 zu § 105 und Rdn. 10 zu § 105 : "...kann auch ein Streik eine Gewaltanwendung sein...Doch wird dies nur in seltenen Ausnahmefällen zu bejahen sein, wie z.B. dann, wenn ein langandauernder Generalstreik dadurch, daß er den Ausfall von Strom, Gas, Wasser etc. verursacht, bei den Menschen körperliche Wirkungen auslöst."

tels der Gewalt in § 106 eine erhöhte Strafbarkeit zu normieren. In jedem Falle aber - also auch bei bloß psychischem Zwang des Streiks - und das ist kriminalpolitisch entscheidend, bleibt eine Strafbarkeit nach § 106; denn die zum Schutze der einzelnen Organmitglieder geschaffene Bestimmung schützt selbstverständlich auch und gerade mehrere Mitglieder oder Gruppierungen des geschützten Organs [219], setzt also keinesfalls eine "Einzelaktion" gegen ein einzelnes Mitglied voraus. Je nachdem, ob der "politische Streik" sich daher im Einzelfall als "Gewalt" im Sinne einer "physisch vermittelten Zwangswirkung" darstellt oder nicht, erfolgt ein strafrechtlicher Schutz also über §§ 105, 106 [220] oder nur über § 106 alleine. Dem Umstand, daß auch durch einen Streik, der nicht "Gewalt" ist (und deshalb nur nach § 106, nicht aber auch durch § 105 zu erfassen ist), extreme Zwangswirkungen hervorgerufen werden können, läßt sich sehr leicht dadurch Rechnung tragen, daß ein "besonders schwerer Fall" im Sinne des § 106 II angenommen wird, der den gleichen Strafrahmen wie § 105 I (dort als Regelstrafrahmen) eröffnet. Damit dürfte auch allen kriminalpolitischen Argumenten zugunsten des "weiten Gewaltbegriffs" der Boden restlos entzogen sein.

ff) Nachdem wir uns über die im Zusammenhang mit den §§ 105, 106 in Betracht kommenden Nötigungsmittel Klarheit verschafft haben, sei nun noch kurz auf ein Problem eingegangen, das gleichermaßen wie bei §§ 105, 106 auch bei § 240 auftritt. Bei der "politischen Nötigung" von staatlichen Organen durch Streik ist Adressat zwar ein staatliches Organ (bzw. dessen Mitglieder), Betroffener ist hingegen der oder die Arbeitgeber bzw. darüber hinausgehend letztlich die Allgemeinheit, d.h. der Genötigte und derjenige, der das angedrohte Übel bzw. die Gewalt unmittelbar zu spüren bekommt, sind nicht identisch. Das Problem hatte früher unter der Geltung von § 105 a.F. eine erhebliche Bedeutung, als nämlich die Auslegung des Begriffs "nötigen" in § 105 a.F. sehr umstritten war. [221]

---

219) Vgl. S. 332.

220) Nach h.M. in Idealkonkurrenz, vgl. Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, BT, Rdn. 19 zu § 105; Schwalm, LK, Rdn. 28 zu § 106.

221) Vgl. oben S.323- Niese, S. 112: "... denn es ist die Frage, ob eine solche mittelbare Art der Willensbeugung ein 'Nötigen' i.S.d. § 105 ist." Die Frage war richtigerweise letztlich natürlich zu bejahen, vgl. Niese, S. 128.

Unter der Neufassung der §§ 105, 106, die hinsichtlich des "Nötigungsteiles" des Tatbestandes in der Formulierung identisch ist mit § 240, kann kein Zweifel darüber bestehen, daß auch und gerade diese "mittelbare Art" der Willensbeugung von den Vorschriften erfaßt werden soll. [222] Für die "üblichen" Nötigungsdelikte (§ 240 Nötigung, § 253 Erpressung) ist es längst h.M. und gesicherte Rechtsprechung, daß "auch die Drohung der Begehung an einem Dritten genügt, falls sie auch dem Bedrohten als ein Übel erscheint." [223] Beim "politischen Streik" wird der Nötigungsdruck gegen die staatlichen Organe aber gerade in der Weise hervorgerufen, daß ihren Mitgliedern angedroht wird, der Allgemeinheit großen wirtschaftlichen Schaden zuzufügen, wenn sie nicht ihren Willen nach den Forderungen der Streikenden einrichteten. Der Schaden trifft freilich immer zuerst die bestreikten Betriebe und die Allgemeinheit. Was aber gerade den Willenszwang gegen die Mitglieder von staatlichen Organen hervorrufen soll, ist die unübersehbare Schädigung, die sich für die Allgemeinheit aus der Lähmung bzw. Stillegung des Wirtschaftslebens zwangsläufig ergibt. Die erforderliche "innere Verbindung" zwischen dem Adressaten des "politischen Streiks" und der Allgemeinheit, die den Streik auch für den ersteren als Übel erscheinen läßt, folgt aus der besonderen Pflichtenstellung der Organmitglieder gegenüber der Allgemeinheit, indem diese, sei es als Parlamentarier, Regierungsmitglieder usw. Repräsentanten des Volkes sind mit dem Auftrag, für das Wohl der Allgemeinheit nach pflichtgemäßer Gewissensentscheidung zu sorgen. Mag auch die von den Streikenden geforderte Maßnahme (etwa der Erlaß eines Gesetzes) nach Ansicht der genötigten Organmitglieder ein Übel für das Gemeinwohl darstellen, so sollen sie doch durch die Vorstellung des noch größeren Übels eines umfangreichen Streiks motiviert werden, lieber noch das "kleinere Übel" der geforderten Maßnahme zu wählen, um dadurch das größere Übel eines unübersehbaren Scha-

---

222) H.M., vgl. Dreher-Tröndle, Rdn. 4 zu § 105: "Die Nötigungsmittel brauchen sich nicht unmittelbar gegen das Organ zu richten." Maurach, a.a.O., S. 598; Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, BT, Rdn. 12 zu § 105; Schönke-Schröder, Rdn. 8 zu § 105. - Zu eng Schwalm, LK, Rdn. 9 zu § 105, der hierfür fordert, daß es sich bei dem Dritten um eine dem Zu-Nötigenden nahestehende Person handelt (dagegen ausdrücklich Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, a.a.O.

223) Dreher-Tröndle, Rdn. 5 zu § 240; Vgl. auch BGHSt 16, 318: "Daß das Übel unmittelbar denjenigen treffen soll, dem es zum Zwecke der Erpressung angedroht wird, ist nicht erforderlich. Es genügt, daß der Empfänger der Drohung es auch für sich als Übel empfindet (RGRspr. 3,317,319;RGSt 17,82,83; BGH, Urt. v. 12. Juli 1960 - 1 StR 228/60).

dens für die Allgemeinheit abzuwenden. Daraus folgt zwingend, daß beim "politischen Kampfstreik" stets gerade diese typische Situation der "mittelbaren Willensbeugung" vorliegt, die, genauso wie bei §§ 240, 253, auch bei §§ 105, 106 tatbestandsmäßig ist.

gg) aaa) In dogmatischer Hinsicht, das wurde schon betont, sind die §§ 105, 106 leges speciales zu § 240. Auch bei ihnen ist das Rechtswidrigkeitsmerkmal in Abs. 1 kein Tatbestands-, sondern ein allgemeines Verbrechensmerkmal. [224] Es liegt daher nahe zu überlegen, ob nicht auch § 240 II in diesen Fällen angewandt werden soll. Problematisch könnte dies vor allem bei § 105 sein, wo statt der Drohung mit einem empfindlichen Übel eine qualifizierte Drohung erfordert wird. Wenn man andererseits bedenkt, daß - nach richtiger Ansicht [225] - in § 240 auch das schwerere Nötigungsmittel der Gewalt mit unter die Relationsregel des Abs. 2 gestellt ist, [226] ist es wohl unumgänglich, auch bei §§ 105, 106 diese Relationsformel anzuwenden [227]. Allerdings muß, gerade soweit durch den Streik die Anwendung oder Androhung von Gewalt als Nötigungsmittel in Betracht kommt, das Fehlen der Rechtswidrigkeit als Ausnahme angesehen werden. [228] Das ergibt sich für die §§ 105, 106 aus dem hohen Rang des geschützten Rechtsguts (Schutz der Verfassungsorgane vor verfassungswidrigen Willensbeeinflussungen) im Verhältnis zur Schwere des Nötigungsmittels.

---

224) Für § 240 entschieden durch den mehrfach zitierten Beschluß des GS des BGH in BGHSt 2, 194.

225) Vgl. zu dem Streit oben S.67 ff.

226) So auch BGHSt 23, 54, der freilich annimmt, daß die Gewaltanwendung praktisch indiziell für die Verwerflichkeit der Nötigung ist.

227) So auch die h.M., Dreher-Tröndle, Rdn. 3 zu § 105; Maurach, BT, S. 598, Rudolphi- Horn-Samson-Schreiber, BT, Rdn. 16 zu § 105.; Schönke-Schröder, Rdn. 10 zu § 105; Schwalm, LK, Rdn. 16 zu § 105. A.A. Preisendanz, der allerdings mit Recht darauf hinweist, daß bei Gewalt und Drohung mit Gewalt kaum praktische Fälle denkbar seien, in denen die Rechtswidrigkeit entfällt.

228) Bei § 240 dagegen muß darauf geachtet werden, daß die Anwendung des Abs. 2 auch auf die Nötigung durch Gewalt durch die meist (so auch z.B. der BGH, vgl. Fußnote 226)) gleichzeitig ausgesprochene "Indizwirkung" der Gewaltanwendung für Verwerflichkeit nicht zur bloßen Formalie wird.

Die Rechtswidrigkeit wird hier praktisch nur fehlen in Fällen schwerer, die Grundlagen der Verfassung ... oder sonstige elementare Lebenserfordernisse der Gesellschaft beeinträchtigender Pflichtwidrigkeiten des Verfassungsorgans." [229] Beispielsfälle mögen sein die Beseitigung der parlamentarischen Opposition (Art. 21 GG, § 92 StGB) [230] oder der Erlaß eines verfassungswidrigen Gesetzes. [231] Soweit es um den "Widerstand" gegen einzelne verfassungswidrige Maßnahmen der Staatsorgane geht, greift nur diese Relationsregel ein. Das "eigentliche" Widerstandsrecht gem. Art. 20 IV GG kann erst zum Zuge kommen, wenn keinerlei andere verfassungsrechtliche Mittel mehr vorhanden sind, den verfassungswidrigen Maßnahmen der Verfassungsorgane selbst Einhalt zu gebieten. [232]

bbb) Besondere Bedeutung kommt der Frage der Anwendbarkeit des § 240 Abs. 2 auch auf die §§ 105, 106 bei den Fällen des Beamtenstreiks zu. Nach der hier gegebenen Definition des "politischen Streiks" fallen Arbeitskämpfe von Beamten nicht unter diesen Begriff, da sie sich nicht gegen den Staat als Hoheitssubjekt, sondern den Staat als "Arbeitgeber" richten. Dennoch führt die relativ weite "funktionsgerechte" Formulierung bei §§ 105, 106 ("Wer ... nötigt, ihre Befugnisse nicht oder in einem bestimmten Sinne auszuüben ...") dazu, daß auch ein "wirtschaftlicher" Beamtenstreik unter dieses Tatbestandsmerkmal fällt. Freilich, das wurde mehrfach betont, § 105 muß von vorneherein ausscheiden, da auch ein Beamtenstreik als Streik grundsätzlich keine Gewalt darstellt. Anders dagegen bei § 106, der hinsichtlich der Nötigungsmittel ja identisch mit § 240 ist. Hier sehe ich keine Möglichkeit, bereits die Tatbestandsmäßigkeit auszuschließen, obwohl es sich der Sache nach, wie erwähnt, nicht um einen "politischen", sondern um einen "wirtschaftlichen" Streik handelt.

---

229) Schwalm, LK, Rdn. 17 zu § 105.
230) Beispiel von Schwalm, a.a.O.
231) Beispiel von Schönke-Schröder, Rdn. 10 zu § 105.
232) Zu den Voraussetzungen des Widerstandsrechts gem. Art. 20 IV GG im einzelnen siehe S. 293 ff.

Um so wichtiger ist es daher, § 240 in vollem Umfange auch bei § 106 anzuwenden. Praktisch bedeutet das, daß in den oben erörterten Fällen auch eine Strafbarkeit der streikenden Beamten aus § 106 entfällt, wenn § 240 als rechtswidrige Nötigung nicht erfüllt ist, während in den Fällen, in denen eine strafbare Nötigung aus § 240 anzunehmen war (Streik im hoheitlichen Bereich), grundsätzlich auch eine Strafbarkeit aus § 106 in Betracht kommt. Dieses vielleicht überraschende Ergebnis scheint mir aber durchaus annehmbar, wenn man bedenkt, daß ja nur die Fälle darunter fallen, in denen "sozialethische Verwerflichkeit" anzunehmen ist, weil der Streik in einem Bereich staatlicher Machtausübung stattgefunden hat, in dem auch kurzzeitige "Funktionsausfälle" zu unübersehbaren Folgen für Staat und Allgemeinheit führen müssen (z.B. Polizeistreik).

hh) Problematisch ist die Frage, inwieweit das verfassungsmäßige Recht zum wirtschaftlichen Streik als besonderer Rechtfertigungsgrund für §§ 105, 106 eine Rolle spielen kann. [233] Denn wirtschaftliche Streiks sind wegen ihrer Adressierung gegen den Arbeitgeber, nicht aber gegen staatliche Organe, von vorneherein schon nicht tatbestandsmäßig. Dies gilt meines Erachtens selbst für die Fälle, in denen aufgrund eines umfangreichen Streiks auch einzelne Regierungs- oder Parlamentsmitglieder tatsächlich geringfügig behindert werden, etwa weil die Verkehrsverbindungen gestört sind usw. Sollten diese Störungen aber gravierendere Auswirkungen gegen diese Organmitglieder haben oder gar bewußt vorher eingeplant oder später von der Streikleitung geduldet werden, so dürfte auch das allgemeine Recht zum wirtschaftlichen Streik keine rechtfertigende Kraft mehr besitzen, vielmehr wird man annehmen müssen, daß die "Streikleitung" - ähnlich den Notarbeiten in lebenswichtigen Betrieben - dafür sorgen muß, daß die politische Willensbildung im Parlament und Regierung usw. durch den Streik unbehindert erfolgen kann, andernfalls der Streik zum rechtswidrigen "politischen Streik" wird. [234]

---

233) Vgl. Schwalm, LK, Rdn. 21 zu § 105.
234) Der Fall hat Ähnlichkeit mit dem wirtschaftlichen Streik, der rechtswidrig wird, weil Gewalttätigkeiten in den Streik eingeplant werden oder geduldet werden.

ii) Im Gegensatz zu § 105 a.F., der Unternehmensdelikt war, sind §§ 105, 106 n.F. entsprechend § 240 nunmehr als Erfolgsdelikte ausgestaltet, d.h. Vollendung der Tat tritt ein, wenn das Verfassungsorgan bzw. das einzelne Mitglied zu dem verlangten Verhalten genötigt worden, also die Nötigungswirkung eingetreten ist. Man könnte deshalb Bedenken haben, ob mit der jetzigen Ausgestaltung der Vorschriften als Erfolgsdelikte nicht der strafrechtliche Schutz zu kurz geraten ist. Hier ist indessen zu bedenken, daß der Versuch sowohl bei § 105 (Verbrechen : § 23 I) als auch bei § 106 (kraft ausdrücklicher Bestimmung in Abs. 2) strafbar ist, also jedenfalls keine Strafbarkeitslücke dadurch entsteht. Im übrigen bedeutet ja Vorliegen eines bloßen Versuchs nicht, daß die Strafe zwingend zu mildern wäre, sondern gem. § 23 kann der Versuch milder bestraft werden als die vollendete Tat, muß es aber nicht.[235] Das heißt, daß in gravierenden Versuchsfällen durchaus der volle Regelstrafrahmen zur Verfügung steht, während andererseits die Möglichkeit für den Richter besteht, in weniger schwerwiegenden Fällen des bloßen Versuchs den milderen Strafrahmen gem. § 49 I zu wählen. Dies halte ich für einen großen kriminalpolitischen Fortschritt, der es erleichtern dürfte, im Einzelfall das "richtige Strafmaß" zu finden. Es darf ja nicht übersehen werden, daß beim "politischen Streik" gerade zwischen dem bloßen "Demonstrationsstreik" und dem Versuch des Kampfstreiks große praktische Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen.[236] Hier wäre es schlechterdings mit der Gerechtigkeit unvereinbar, wenn für den bloßen Versuch eines Kampfstreiks (den manche vielleicht nur für eine "massive Demonstration" gehalten haben)[237] zwingend derselbe Strafrahmen zur Verfügung stünde, wie in einem eklatanten Fall von vollendeter Nötigung. Das aber wäre bei einer Ausgestaltung der Vorschriften als Unternehmensdelikte unvermeidlich.

---

235) Vgl. Dreher-Tröndle, Rdn. 3 zu § 23.

236) Dazu oben S. 271.

237) Man denke nur an die unterschiedliche Beurteilung des Zeitungsstreiks 1952 gerade in dieser Hinsicht. Dazu oben S.

kk) Täter der §§ 105,106 kann jedermann sein ("wer"), also nicht nur, wie etwa bei § 88 n.F., die Hintermänner oder Rädelsführer. Für § 88 hatten wir ausdrücklich festgestellt, daß es durchaus sinnvoll ist, eine derartige Einschränkung vorzunehmen, zumal den "kleinen Mitläufern" praktisch ohnehin die subjektive Tatseite ("verfassungsverräterische Absicht") nicht nachzuweisen wäre. Bei §§ 105, 106 ist die Situation insofern etwas anders, als die Zielsetzung der inkriminierten Handlungen nicht so "abstrakt" ist wie bei § 88 ("verfassungsverräterische Absicht"nach Maßgabe des § 88 i.V.m.§ 92), sondern der Tatbestand sehr klar umrissen ist. Wer ein Parlaments- oder Regierungsmitglied oder gar die entsprechenden Organe selbst unter massiven politischen Druck setzt, um deren Willen zu brechen, weiß sehr genau, daß er damit eine strafbare Nötigung begeht. Mit anderen Worten : das "Tatbestandsbild" der §§ 105, 106 ist viel konkreter, auf "plastischere" Vorgänge und auf reale Personen und Institutionen bezogen, als dies bei § 88 der Fall ist. Dies rechtfertigt es durchaus, bei §§ 105, 106 auch die "kleinen Streiker" strafrechtlich zu erfassen. Nur meine ich, gilt hier in noch stärkerem Maße das oben[238)] zur Frage der Täterschaft beim arbeitsrechtlichen Streik Ausgeführte : kriminalpolitisch entscheidend kommt es darauf an, die "Drahtzieher" solcher "politischer Kampfstreiks" strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Diese tragen nämlich die eigentliche politische und strafrechtliche Verantwortung für derartige verfassungswidrige Aktionen und bei ihnen dürfte es - wegen ihrer profilierten Stellung im gesamten Geschehensablauf der Aktion - auch erfreulich einfach sein, aus ihren Äußerungen während der Aktion, ihrem organisatorischen Einsatz usw. den erforderlichen Tatnachweis zu führen. Dagegen hielte ich es für kriminalpolitisch völlig verfehlt, sich an die "kleinen Mitläufer" zu halten. Hier dürfte es noch schwerer sein als beim arbeitsrechtlichen Streik, dem einzelnen subjektiv die politische Zielsetzung nachzuweisen. Daß er die Aktion insgesamt nur für eine erlaubte Demonstration der gewerkschaftlichen Forderungen gehalten hat, jedenfalls er selber keinerlei Kampfziele gehabt habe, diese Einlassung ist wohl nur schwer zu widerlegen. Ein Vorgehen gegen diese "kleinen Mitläufer" würde überwiegend nur zu unerfreulichen Prozeßergebnissen führen : zu

---

238) S. 189 ff.

ungerechtfertigten Freisprüchen bei geschickten Angeklagten, denen die subjektive Tatseite nicht nachgewiesen werden kann, aber auch ebenso zu ungerechtfertigten Verurteilungen bei anderen, die freimütig zu den Forderungen ihrer Gewerkschaft stehen und nur den Richter nicht davon überzeugen konnten, daß sie nach ihrer Ansicht nur demonstrieren wollten. Abgesehen davon wäre es wohl immer mehr oder weniger willkürlich, aus der Vielzahl von Streikenden - und nur ein umfangreicher Streik kann in den Bereich von §§ 105, 106 geraten - nur einige wenige "Mitläufer" herauszugreifen und anzuklagen. Damit sei nichts gegen die Zulässigkeit oder Wirksamkeit "exemplarischer Bestrafungen" gesagt; nur sollten diese"Exempel" kriminalpolitisch besser und zweckmäßiger an den "Drahtziehern" statuiert werden.

4.) Ergebnisse

Der Schutz staatlicher Organe vor verfassungswidrigen "politischen Kampfstreiks" ist durch das geltende Strafrecht meines Erachtens ausreichend gewährleistet. Vor allem die Neufassung der §§ 105, 106 durch das 8. StÄG hat klare, funktionsgerechte Tatbestände geschaffen, die einen effektiven Schutz bieten dürften, ohne damit unzulässig in Rechte anderer einzugreifen.

Ein lückenloser Schutz besteht durch den "Auffangtatbestand" des § 240. § 105 schützt darüber hinaus die obersten Verfassungsorgane, § 106 deren Mitglieder in Spezialnormen (im technischen Sinn) zu § 240 durch erhöhte Strafrahmen, die durch die überragende verfassungsrechtliche Bedeutung dieser Schutzobjekte gerechtfertigt und erforderlich sind. Dabei ist freilich wichtig festzuhalten, daß auch der "politische Kampfstreik" als Streik grundsätzlich keine Gewalt, weder bei § 240 noch bei § 105 oder 106 darstellt, es sei denn, er wird durch physische Einwirkungen auf die Allgemeinheit verschärft (z.B. durch Gewalttätigkeiten oder gravierende Gefährdung der Versorgung der Bevölkerung mit Wasser und Energie usw.). Damit erfüllt der "politische Kampfstreik" regelmäßig nur den Tatbestand des § 106, nicht aber auch den des § 105. Lücken ergeben sich daraus aber weder hinsichtlich der Strafbarkeit überhaupt noch auch hinsichtlich der ausgesetzten Strafrahmen, da sowohl § 240 als §§ 105, 106 in ihren Regel- als auch

"außerordentlichen" Strafrahmen, wie mehrfach gezeigt, vorbildlich miteinander harmonieren.

Die "Feuerprobe" haben freilich die vorliegend untersuchten Tatbestände ebensowenig bereits überstanden wie die meisten anderen Strafnormen des "politischen Strafrechts". Bleibt nur zu wünschen, daß uns derartige Proben auch künftighin erspart bleiben mögen, vielmehr diese Normen durch ihre bloße Geltung alle Staatsbürger zu einem kritischen, aber konstruktiven "Miteinander" im Geiste unserer Verfassung ermahnen und bestimmen.

LEBENSLAUF

Am 3.3.1946 wurde ich, Heinrich Kümmel, in München geboren. Meine Eltern sind Heinrich Kümmel, selbständiger Kaufmann in München, und Therese Kümmel, geb. Neumayr.

1952 - 1957	Besuch der Volksschule
1957 - 1966	Besuch des Gymnasiums
1966 - 1968	Wehrdienst
1968 - 1973	Studium der Rechte an der Ludwig-Maximilians-Universität, München
Frühjahr 1973	Erste juristische Staatsprüfung
1973 - 1975	Referendarzeit in München
Herbst 1975	Zweite juristische Staatsprüfung
Juli 1976	Ernennung zum Notarassessor
Oktober 1976 - Juli 1978	amtlich bestellter Notarvertreter in Tegernsee
seit August 1978	in der Geschäftsführung der Bundesnotarkammer, Köln